

**Problemer knyttet til at overtredelser av  
utlendingsloven kan bli behandlet både  
forvaltningsrettslig og straffeprosessuelt**

Hvordan behandles utlendingssaker parallelt i forvaltningen og i  
straffeprosessen?

Kandidatnummer: 217

Veileder: Ken Uggerud

Leveringsfrist: 25.11.2005

Til sammen 17920 ord

30.11.2005

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING.....</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Avgrensning og presisering.....	2
1.2	Antall utlendinger i Norge .....	3
1.3	Definisjoner .....	4
1.4	Rettskilder .....	4
<b><u>2</u></b>	<b><u>OVERSIKT OVER DE AKTUELLE REGLENE OM UTVISNING OG BORTVISNING .....</u></b>	<b><u>7</u></b>
2.1	Generelt om utvisning som følge av brudd på utlendingsloven.....	7
2.1.1	Non refoulement.....	8
2.1.2	Utvvisning etter § 29 .....	9
2.1.3	Utvvisning etter § 30 .....	10
2.1.4	Retten til familieliv .....	13
2.1.5	Rettspolitikk.....	14
2.2	Bortvisning som følge av brudd på utlendingsloven .....	16
2.3	Dobbeltstraffproblematikken .....	17
2.3.1	Rettspolitikk.....	19
<b><u>3</u></b>	<b><u>STRAFF ETTER UTLENDINGSLOVEN.....</u></b>	<b><u>20</u></b>
3.1	Generelt .....	20
3.2	Hvorfor er bruk av straff et middel på utlendingsrettens område? .....	22
3.3	Rettspolitikk .....	23

<b><u>4</u></b>	<b><u>ETTERFORSKNING OG FORVALTNINGENS SAKSBEHANDLING .....</u></b>	<b><u>24</u></b>
4.1	Utlendingsmyndighetene og saksbehandlingen i utlendingssaker .....	24
4.2	Når skal det igangsettes etterforskning? .....	26
4.2.1	Forholdsmessighetskravet og kravet til at beslutningen skal være saklig begrunnet .....	27
4.2.2	Sannsynlighetskravet .....	28
4.3	Skille mellom etterforskning og forvaltningens saksbehandling.....	29
4.4	Klagebehandling .....	30
4.5	Innhabilitet i straffesaksbehandlingen for polititjenestemann som har deltatt i forvaltningssaken, og motsatt .....	31
4.5.1	Tilfeller der tjenestemann har behandlet utlendingssaken og senere blir involvert i straffesaken.....	32
4.5.2	Tilfeller der tjenestemannen deltar i straffesaken og senere blir involvert i forvaltningssaken.....	33
4.6	Rettspolitikk .....	35
<b><u>5</u></b>	<b><u>PLIKTER NÅR MAN AVGIR FORKLARING HENHOLDSVIS I FORVALTNINGSSAKEN OG I STRAFFESAKEN.....</u></b>	<b><u>36</u></b>
5.1	Foreligger det møte-, forklarings- og sannhetsplikt? .....	36
5.1.1	Plikt ved forberedelsene til utlendingssak .....	36
5.1.2	Plikt ved straffesak .....	38
5.2	Hvordan skille mellom en forklaring i forvaltningssaken og i straffesaken?.....	39
5.3	Rettspolitikk .....	40
<b><u>6</u></b>	<b><u>KAN FORKLARING FRA FORVALTNINGSSAKEN BRUKES I STRAFFESAKEN? ..</u></b>	<b><u>41</u></b>
6.1	Generelt .....	41
6.2	Vil bruk av mistenktes forvaltningsrettslige forklaring i en straffesak være i strid med vernet mot selvinkriminering? .....	41

6.2.1	Framtvunget forklaring .....	43
6.2.2	Forklaringer avgitt i forbindelse med søknad om opphold eller asyl.....	45
6.2.3	Bruk av forklaringen under etterforskningen.....	46
6.2.4	FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter artikkel 14.....	46
<b>6.3</b>	<b>Kan andres forvaltningsrettslige forklaringer brukes som bevis?.....</b>	<b>46</b>
6.3.1	Retten til å forsvare seg .....	47
6.3.2	Personer som helt eller delvis kan nekte å forklare seg .....	49
<b>6.4</b>	<b>Rettspolitikk .....</b>	<b>51</b>
<b><u>7</u></b>	<b><u>BRUKEN AV TVANGSMIDLER.....</u></b>	<b><u>53</u></b>
<b>7.1</b>	<b>Generelt .....</b>	<b>53</b>
7.1.1	Tvangsmidler i identifiseringshensikt.....	53
7.1.2	Tvangsmidler ved iverksetting av negativt vedtak .....	55
<b>7.2</b>	<b>Kan politiet velge om de vil bruke staffeprosessuelle eller utlendingsrettslige tvangsmidler? .....</b>	<b>57</b>
<b>7.3</b>	<b>Rettigheter i forbindelse med bruk av tvangsmidler etter utlendingsloven.....</b>	<b>58</b>
<b>7.4</b>	<b>Rettspolitikk .....</b>	<b>58</b>
<b><u>8</u></b>	<b><u>HVILKEN REAKSJON BØR MAN VELGE, DE LEGE FERENDA .....</u></b>	<b><u>60</u></b>
<b><u>9</u></b>	<b><u>LITTERATURLISTE .....</u></b>	<b><u>64</u></b>
<b><u>10</u></b>	<b><u>KILDER.....</u></b>	<b><u>65</u></b>
<b>10.1</b>	<b>Forarbeider .....</b>	<b>65</b>
<b>10.2</b>	<b>Domsregister .....</b>	<b>65</b>
10.2.1	Norsk rettspraksis.....	65
10.2.2	Rettspraksis EMD .....	66
<b>10.3</b>	<b>Elektroniske dokumenter.....</b>	<b>66</b>

## **1 Innledning**

Dersom en utlending i Norge overtrer utlendingsloven kan han bli møtt med ulike reaksjoner. Det vil kunne være aktuelt med bortvisning etter utlendingsloven (utl.) § 27, utvisning etter utl. § 29 eller straff i henhold til utl. § 47. Det kan også være aktuelt å både bortvise eller utvise, og straffe. I denne oppgaven ønsker jeg å sammenligne reaksjonene, og dersom det foregår en parallell behandling, se på hvilken innvirkning disse to sakene får på hverandre. Jeg vil også ta for meg hvilken reaksjon som bør velges.

Hovedproblemstillingen i denne oppgaven er hvordan man skal løse problemer knyttet til at utlendingssaker ofte blir behandlet både forvaltningsrettslig og straffeprosessuelt. I hovedsak vil dette bli belyst ut fra en rettslig vinkel, men en stor del av avhandlingen vil også bli viet til rettspolitiske spørsmål. Disse blir drøftet i de lege ferenda-avsnitt underveis.

I oppgaven vil jeg spesielt ta for meg når det er adgang til å iverksette etterforskning, og hva som skiller etterforskning fra forvaltningens saksbehandling. Herunder går jeg inn på reglene om habilitet for polititjenestemenn. Videre tar jeg for meg når forklaringer i forvaltningssaker kan brukes i straffesaker og motsatt, spesielt vernet mot selvinkriminering. Avslutningsvis vil jeg se på bruken av tvangsmidler etter utlendingsloven.

Jeg vil også foreta en de lege ferenda-vurdering av hvorvidt man bør velge den ene reaksjonsformen fremfor den andre, eller om det er mest hensiktsmessig både å straffe og ilegge en forvaltningsrettslig reaksjon.

## 1.1 Avgrensning og presisering

I enkelte tilfelle vil en handling være straffbar både etter utlendingsloven og straffeloven. Jeg vil ikke behandle bestemmelsene i straffeloven i disse tilfellene. Prosessen er den samme enten det dreier seg om straff etter utl. § 47 eller etter straffeloven.

Jeg vil heller ikke ta for meg hvorvidt domstolene har adgang til å prøve vedtak om utvisning. Dette er en tilgrensende problemstilling som er utførlig behandlet i rettspraksis, forarbeider og i juridisk litteratur<sup>1</sup>, bl.a. med bakgrunn i Rt. 1995 s.72. Avgjørelsen fra 1995 er likevel interessant når jeg i siste del av avhandlingen tar for meg hvilken reaksjon som bør velges, straff eller bortvisning/utvisning. Noen av argumentene som kommer frem i forbindelse med spørsmålet om domstolenes prøvelsesrett vil gå igjen her.

Avhandlingen drøfter ikke hvorvidt domstolene bør avgjøre utvisningsspørsmålet under straffesaken. Men i den rettspolitiske delen skisserer jeg dette som en mulig løsning på en del av problemene knyttet til dobbel behandling.

Jeg ønsker heller ikke å gå inn på de spesielle reglene om borgere fra EØS og EFTA. Det forekommer svært lite dobbeltbehandling av saker med personer fra disse landene siden de svært sjelden utvises. Jeg finner det derfor mer interessant å ta for meg problemene knyttet til opphold for andre utlendinger.

I enkelte utlendingssaker står norske borgere for lovovertrедelsen. Det er for eksempel tilfelle ved menneskesmugling, der bakmennene ofte er norske statsborgere. For slike saker vil det ikke foreligge noen parallell forvaltningsbehandling, og jeg vil derfor ikke gå nærmere inn på dette.

---

<sup>1</sup> Uggerud 1996

## 1.2 Antall utlendinger i Norge

Før jeg behandler de ulike temaene i oppgaven, er det interessant å opplyse om noen statistiske forhold som setter problemstillingen litt i perspektiv.

Det er vanskelig å si med sikkerhet hvor mange utlendinger som befinner seg i Norge til enhver tid. Pr. 1.1.2005 utgjorde innvandrere 8 prosent av Norges befolkning, eller i alt 365 000 personer. Dette omfattet førstegenerasjonsinnvandrere, som utgjorde 301 000 personer, mens de resterende 64 000 var barn født av to innvandrere<sup>2</sup>. I tallene fra statistisk sentralbyrå er barn av to innvandrere med i oversikten på tross av at disse kanskje faller utenfor begrepet innvandrer i dets tradisjonelle betydning.

Med utlending i denne oppgaven menes de som omfattes av definisjonen i utl. § 48. I henhold til § 48 er utlendinger ”enhver som ikke er norsk statsborger”. Antall utlendinger som statistisk sentralbyrå opererer med, vil ikke være i samsvar med antallet som faller inn under definisjonen i § 48. Mange innvandrere i Norge vil kunne erverve norsk statsborgerskap og vil derfor ikke være utlending etter loven. I tillegg kommer de som bare er i Norge på besøk, og mange utlendinger som av ulike grunner aldri blir registrert.

I første tertial 2005 ble 375 utlendinger utvist fra Norge. Av disse ble 199 utvist på grunn av overtredelser av utlendingsloven. Til sammenligning ble 440 utvist i tredje tertial 2004. Nedgangen henger sammen med en kraftig reduksjon i antall utvisninger på grunn av overtredelser av utlendingsloven. I tredje tertial 2004 utgjorde denne gruppen 279 personer.

Ettersom flere utlendinger utvises etter utl. § 47 hvert år, vil det forekomme en parallell forvaltningsrettslig og straffeprosessuell behandling i flere saker.

---

<sup>2</sup> Statistisk Sentralbyrås nettside: Innvandring og innvandrere 2005. [www.ssb.no/innvst/](http://www.ssb.no/innvst/) 20.09.05

### 1.3 Definisjoner

Med utvisning menes et forvaltningsvedtak, som innebærer at den det retter seg mot må forlate Norge. Vedkommende blir i tillegg ilagt et innreiseforbud av kortere eller lengre varighet.<sup>3</sup> Det er en straffelignende reaksjon, og gis av forvaltningen blant annet som følge av brudd på utlendingsloven. Utvisning kan ofte være en vel så streng reaksjon som fengsel og bøter, men regnes i henhold til straffeloven (strl.) § 15 ikke som straff.

Bortvisning er et forvaltningsvedtak som også innebærer at vedkommende utlending må forlate Norge, men i motsetning til utvisning innebærer dette ingen begrensninger i retten til ny innreise.<sup>4</sup>

Utlendingsdirektoratet (UDI) er det forvaltningsorganet som behandler søknader om bl.a. adgang og opphold i riket. Direktoratet har også et ansvar for utlendingskontroll, mottak av asylsøkere, bosetting og integrering.<sup>5</sup>

### 1.4 Rettskilder

Den primære rettskilden er lovteksten. I dette tilfellet er det først og fremst utlendingsloven (utl.) med forskrift (utf.), og straffeprosessloven (stprl.).

Siden utlendingsretten er en gren av forvaltningsretten, må reglene i utlendingsloven suppleres med reglene i forvaltningsloven og generell forvaltningsrett. I denne avhandlingen vil det spesielt være aktuelt for habilitetsreglene.

---

<sup>3</sup> Utlendingsrett 2004 s.320

<sup>4</sup> Utlendingsrett 2004 s.302

<sup>5</sup> Utlendingsrett 2004 s.49



Forarbeidene er viktige, blant annet i drøftelsen av bakgrunnen for den parallelle behandlingen i norsk rett.

Jeg har tatt for meg rundskriv fra Riksadvokaten om når det bør iverksettes etterforskning. Dette er av betydning når en skal vurdere om opplysninger som kommer frem i en forvaltningssak skal føre til etterforskning. I utgangspunktet er Riksadvokatens rundskriv ikke av de mest tungveiende rettskildefaktorene. For domstolene vil det nok ha forholdsvis liten vekt, spesielt når det finnes andre og sterkere rettskildefaktorer. For det enkelte forvaltningsorgan kan det imidlertid ha stor betydning. Et rundskriv fra Riksadvokaten vil gi uttrykk for hvordan reglene skal forstås, og rundskrivet vil trolig bli svært retningsgivende, siden det kommer fra et kompetent juridisk organ med faglig tyngde. Dersom rundskrivet fører til at forvaltningsorganene etablerer en ny fast praksis, kan dette bli en tungtveiende rettskildefaktor for domstolene.

Den 19. oktober 2004 la utlendingslovutvalget frem sin innstilling til ny utlendingslov.<sup>6</sup> Underveis i avhandlingen vil jeg komme inn på dette lovforslaget. Forslaget har per dags dato liten vekt som rettskildefaktor. Vekten er den samme som for juridisk litteratur, men når lovforslaget blir vedtatt, er innstillingen å anse som et lovforarbeid. Jeg mener at det er interessant å se hvilke vurderinger utvalget har gjort i forhold til problemet med utlendingsrettens to spor.

.

Flere av spørsmålene oppgaven stiller knyttes opp mot folkeretten. Blant annet når jeg drøfter spørsmålet om selvinkriminering. Jeg tar for meg den europeiske menneskerettighetskonvensjonen artikkel 6 og FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter artikkel 14. Det er også naturlig å komme inn på folkeretten under spørsmålet om dobbeltstraff, og når jeg kort er innom vernet om retten til familieliv.

---

<sup>6</sup> NOU 2004:20 Ny utlendingslov

For å vurdere hvilken betydning konvensjonene har som rettskilde vil jeg si noe om anvendelsen av EMK og SP i norsk rett. Utgangspunktet for forholdet mellom norsk rett og folkeretten har vært det dualistiske prinsipp som innebærer at folkeretten er et selvstendig rettssystem som er adskilt fra Norges interne rettssystem.<sup>7</sup> Presumpsjonsprinsippet tilsier at norsk lov antas å være i samsvar med folkeretten, og domstolene skal forsøke å tolke norsk rett innskrenkende slik at man unngår å komme i konflikt. Dersom motstrid likevel oppstår har dette medført at folkeretten har måttet vike. Over tid har dette blitt moderert gjennom rettspraksis. I Rt. 1994 s. 610 (bølgepapp) slo Høyesterett fast at dersom folkeretten skulle få forrang måtte den ”avvikende regel som kan bygge på folkerettslige kilder fremtre som tilstrekkelig klar og entydig”. Videre ble det i Rt. 1999 s. 961 (Rest-Jugoslavia saken) nevnt i et obiter dictum fra mindretallet at klarhetskravet ikke kunne gjelde i all tilfeller. Ytterligere avklaring kom i Rt. 2000 s. 996. I denne avgjørelsen ble klarhetskravet modifisert til at tolkningsresultatet som fremgår av EMK må være ”rimelig klart” for å få forrang. Dette ble gjentatt og presisert i plenumsavgjørelsen i Rt. 2002 s.557. Noen utvalgte menneskerettighetskonvensjoner ble inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven i 1999. Menneskerettsloven § 2, 1. ledd fastslår at EMK og SP skal gjelde som norsk lov. Og i henhold til § 3 skal konvensjonene ved motstrid gå foran. Med andre ord skal gjeldene rett være i samsvar med konvensjonsbestemmelsene.

I utlendingsretten har man et dobbelt grunnlag for å anvende folkeretten. Utlendingsloven § 4 fastslår at ”*Loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler*” i de tilfellene der bestemmelsene er egnet til å styrke utlendingens stilling.

Underveis i avhandlingen kommer jeg inn på saker fra rettspraksis som faller inn under problemstillingen.

Forvaltningens praksis er også en relevant rettskilde som jeg vil ta for meg. Betydningen av forvaltningspraksis vil variere alt ettersom hva som finnes av andre rettskilder på området,

---

<sup>7</sup> Ruud og Ulfstein 1998 s.27

men i utgangspunktet har den relativt liten vekt for domstolene, men kan ha desto større vekt i forvaltningen.

Reelle hensyn kommer også inn som rettskildefaktor når domstolene og forvaltningen skal foreta skjønnsmessige beslutninger. Reelle hensyn kan defineres som en vurdering av resultatets godhet.<sup>8</sup> Dersom lovbestemmelsene er klare, og ingen andre rettskildefaktorer bestrider disse, vil reelle hensyn ha liten vekt. Men ved skjønnsvurderinger har rimelighetsbetraktninger stor betydning.

## **2 Oversikt over de aktuelle reglene om utvisning og bortvisning**

### **2.1 Generelt om utvisning som følge av brudd på utlendingsloven**

Man skiller mellom utvisning av utlendinger uten bosettingstillatelse, utlendinger som fyller vilkårene for bosettingstillatelse, og utlendinger som er gitt et særskilt vern mot utvisning fordi de omfattes av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen.

Reglene om utvisning har sin bakgrunn i at man skal ha mulighet til å hindre opphold for personer som av en eller annen grunn anses uønsket i Norge.<sup>9</sup> Dessuten går det frem av forarbeidene at: ”Hensikten med tilføyelsen er ikke å kunne utvise utlending med hjemmel i denne bestemmelsen, men å kunne avslå søknad om arbeidstillatelse eller oppholdstillatelse på grunn av brudd på utlendingsloven uten at vedkommende må være straffet eller utvist på grunn av overtredelsen.”<sup>10</sup> For utlendingen er det en fordel at

---

<sup>8</sup> Eckhoff 2001 s.371

<sup>9</sup> Ot.prp.nr. 46 (1986-1987) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) s.11

<sup>10</sup> Ot.prp.nr. 46 (1987-1987)s. 228

myndighetene kan reagere med å ikke fornye tillatelser, fremfor utvisning som medfører innreiseforbud.

Det kan være interessant å se på hvilke brudd på utlendingsloven som oftest fører til utvisning. Den største gruppen av utviste utlendinger er de som oppholder seg og arbeider ulovlig i Norge. Grunnlaget for 60 % av alle vurderte utvisninger i 2001 var ulovlig opphold. 14,5 % av sakene fra 2001 gjaldt ulovlig arbeid. De øvrige utlendingene, som ble vurdert utvist, hadde feilinformert myndighetene.<sup>11</sup>

Som nevnt ovenfor innebærer utvisning at utlendingen ilegges et innreiseforbud. Lengden på innreiseforbudet varierer alt ettersom hvor alvorlig utlendingens lovbrudd er. Det er enklest å se dette hvis en sammenligner lengden på oppholdet med innreiseforbudets varighet. I en undersøkelse av Juss Buss fra 2001, går det frem at UDI opererer med standardreaksjoner knyttet til det ulovlige oppholdets lengde. For at en oversittelse av visumtiden skal regnes som grov, og dermed kunne medføre utvisning, må visumperioden være oversittet med 100 %. Standardreaksjonene er som følger: for ulovlig opphold i mer enn tre måneder er innreiseforbudet ett år, for ulovlig opphold i mer enn ett år varer innreiseforbudet i to år, for ulovlig opphold i opp til to år er innreiseforbudet fem år og for lengre oppholdstid er standarden varig innreiseforbud.<sup>12</sup>

### 2.1.1 Non refolement

I spesielle tilfelle vil utlendingen ikke kunne utvises eller bortvises. Prinsippet om vern mot tilbakesendelse er lovfestet i utl. § 15.1. Paragrafen lyder:

*”Utlending må ikke i medhold av loven sendes til noe område der utlendingen kan frykte forfølgelse som kan begrunne anerkjennelse som flyktning eller ikke vil være trygg mot å bli sendt videre til slikt område. Tilsvarende vern skal gjelde utlending som av liknende*

---

<sup>11</sup> Hansen og Bolstad 2003 s. 160

<sup>12</sup> Hansen og Bolstad 2003 s. 161

*grunner som angitt i flyktningdefinisjonen står i en nærliggende fare for å miste livet eller bli utsatt for en umenneskelig behandling.”*

Dette er en sikkerhetsventil som i henhold til § 15 siste ledd gjelder alle vedtak som innebære at utlendingen må forlate Norge, også bortvisning og utvisning. Regelen er ment å gjenspeile FNs flyktningekonvensjon art. 33 om trussel mot liv og frihet, den såkalte non refoulement regelen. Den innebærer at når en utlending påberoper seg vern mot forfølgelse i hjemlandet, skal påstanden vurderes av norske myndigheter selv om vilkårene for bortvisning eller utvisning foreligger. Flyktningekonvensjonen forplikter ikke nasjonale myndigheter å gi asyl, men derimot tilstrekkelig beskyttelse.<sup>13 14</sup>

#### 2.1.2 Utvisning etter § 29

Det skal minst til for å utvise utlendinger som ikke fyller vilkårene for bosettingstillatelse. Dette kan være alt fra turister og studenter til utlendinger som kommer til norsk grense med arbeids- eller oppholdstillatelse. Reglene om utvisning for utlending uten bosettingstillatelse fremgår av utl. § 29. I bestemmelsens 1. ledd bokstav a, står det:

*”Utlendingen kan utvises når utlendingen grovt eller gjentatte ganger har overtrådt en eller flere bestemmelser i loven her”.*

Bestemmelsen oppstiller ikke noe krav om at utlendingen skal være straffet for overtredelsen. Regelen i § 29.1 er en kan-regel. Det vil si at det må foretas en konkret vurdering for å fastslå om utlendingen skal utvises. Dessuten er det bare grove overtredelser som kan medføre utvisning, slik at det også må foretas en konkret vurdering av handlingens grovhet. Det kan for eksempel tenkes at det ikke er ønskelig å utvise en

---

<sup>13</sup> Fisknes 1994 s. 160

<sup>14</sup> Hvilke momenter som inngår i den konkrete vurderingen av flyktningens situasjon mener jeg ligger utenfor denne oppgaven.

utlending som oversitter en veldig kort frist til å forlate landet. Derimot kan det være ønskelig å utvise utlendinger som har vært involvert i organisert menneskesmugling.

Utlendingsloven § 29, 2. ledd 2. punktum setter en begrensning i retten til å utvise. Det går frem at utlendinger som har oppholds- eller arbeidstillatelse, eller nordiske borgere som har bodd i Norge i mer enn tre måneder, bare kan utvises dersom det straffbare forholdet kan føre til fengselsstraff i mer enn ett år. Ser man dette i sammenheng med utlendingsloven § 47, 1. ledd bokstav a, som er den generelle straffebestemmelsen, vil en se at en utlending som oppfyller disse vilkårene ikke kan utvises fordi strafferammen for brudd på utlendingsloven er fengsel i seks måneder. De andre straffebestemmelsene i § 47 har derimot høyere strafferamme, og utvisning kan være aktuelt. Det samme blir tilfelle ved gjentatte lovovertridelser.

Gjentatte overtridelser kan medføre utvisning etter § 29. I disse tilfellene behøver ikke den enkelte overtridelsen være særlig alvorlig, og dermed kan man utvise utlendinger som til stadighet er ”på kant med loven”. Med gjentatte overtridelser menes både de tilfellene hvor utlendingen samtidig overtrer flere bestemmelser i utlendingsloven, og dersom han innenfor ett tidsrom på to år bryter utlendingsloven flere ganger. Det er ikke avgjørende om den tidligere overtridelsen førte til en reaksjon fra myndighetene.<sup>15</sup>

### 2.1.3 Utvisning etter § 30

Utlendinger som fyller vilkårene for bosettingstillatelse, kan utvises for brudd på utlendingsloven dersom vedkommende har sonet eller blitt ilagt straff for forhold som kan føre til fengselsstraff i tre år eller mer. Lovbruddet må ha ”*skjedde for mindre enn fem år siden i utlandet eller for mindre enn ett år siden her i riket.*”, jf. utl. § 30, 2. ledd bokstav b.

---

<sup>15</sup> Rundskriv UDI 2003-025 Utvisning - Utlendingsloven § 29 og § 30 – og grensen mot bortvisning – loven § 27, § 28 og § 30

Utlendingen kan ifølge 3.ledd heller ikke utvises etter 2.ledd bokstav b dersom det vil være et uforholdsmessig tiltak på grunn av forholdets alvor og hans tilknytning til riket. Det skal foretas en forholdsmessighetsvurdering, som tar hensyn til både utlendingen selv og hans nærmeste. Forarbeidene setter opp enkelte retningslinjer for hva som skal inngå i denne vurderingen. Når forholdets alvor skal vurderes er det naturlig å se på hvorvidt lovbruddet bærer preg av at det foreligger ”bevist eller planmessig utført kriminalitet”.<sup>16</sup>

Departementet fastslår også at et ”uforholdsmessig tiltak” kan være at utlendingen utvises for et mindre graverende forhold, selv om han ikke har sterk tilknytning til landet. Dersom forholdet er alvorlig kreves det en sterk tilknytning til Norge for at det kan være snakk om uforholdsmessighet.

Juss buss kommenterer dette i sin undersøkelse fra 2001. De hevder at ved klage på utvisningsvedtak til UNE er det forholdets alvorlighet som er det avgjørende, og at tilknytning bare er et moment når kriminaliteten ikke er alvorlig.<sup>17</sup> Et eksempel på dette er Rt. 1996 s. 551. I denne saken ble en colombiansk stasborger utvist for ulovlig innførsel av narkotika. Det var på det rene at tilknytningen til Norge var sterk. Høyesterett fastslo likevel at forholdet var så alvorlig at hensynet til tilknytning ikke ble avgjørende, og utvisningsvedtaket ble opprettholdt.

I forarbeidene mente departementet at en i utvisningssaker også burde vurdere den faktisk idømte straffen. Grunnen til at utvisningsadgangen ikke er knyttet til idømt straff er at straffen også er avhengig av mange strafferettslige momenter som ikke nødvendigvis har noen tilknytning til utlendingssaken.<sup>18</sup>

Hvordan avgjøres så utlendingens tilknytning til riket? Noen relevante momenter er nevnt i Rt. 1995 s. 72. I utgangspunktet er dette en sak om hvorvidt domstolene kan overprøve forvaltningens frie skjønn, men de samme hensyn må være relevante i vår sammenheng. En

---

<sup>16</sup> Ot.prp. nr. 46(1986-1987) s. 230

<sup>17</sup> Hansen og Bolstad 2003 s. 57

<sup>18</sup> Ot.prp. nr.46 (1986-1987) s. 230

pakistansk familiefar som hadde bodd i Norge siden 1973 var dømt til tre års fengsel for voldtekt av sin 16 år gamle datter. Utlendingsmyndighetene besluttet derfor å utvise ham. Fra familiefarens side ble det forgjeves gjort gjeldende at utvisningsvedtaket var ugyldig. I saken kom det frem at oppholdstiden var sentral. Det var på det rene at familien hadde oppholdt seg lenge i landet, men de var i liten grad integrert i samfunnet, og integrasjon er et moment ved tilknytningsvurderingen. Et annet moment som ble vurdert var mulighetene for at familien kunne gjenforenes i Pakistan.

En annen side ved vurderingen av tilknytningen, er hvor gammel utlendingen var da han kom til Norge. Praksis kan tyde på at dersom utlendingen kom til landet i ung alder, så regnes tilknytningen som større enn dersom han kom hit etter han ble voksen.

Ytterligere et moment ved forholdsmessighetsvurderingen er om utvisningen vil ha alvorlige konsekvenser for helsen, enten for utlendingen selv eller ektefelle og barn.

Det stiller seg trolig litt annerledes med vurderingen av utlendingens tilknytning til riket dersom bruddet på utlendingsloven består i å føre myndighetene bak lyset, for eksempel i familiegjeningssaker. Har utlendingen opparbeidet seg tilknytning til riket etter at han fikk opphold på falske premisser, kan jeg ikke se at dette skal tale til utlendingens fordel. Det samme vil gjelde der utlendingens tilknytning endrer seg etter at han er besluttet utvist. Dette kan for eksempel være tilfelle hvis han har giftet seg her i landet mens han har ventet på en klagebehandling av vedtaket hos UNE. Likedan hvis han etter at det er besluttet utvisning tar opp kontakten med egne barn, som han tidligere ikke har hatt noen omgang med.

For denne avhandlingens formål er det tilstrekkelig med en skisse av forholdsmessighetsvurderingen.



#### 2.1.4 Retten til familieliv

Å bli utvist fører ofte til at familier blir splittet. Spørsmålet her er om utvisning er i strid med retten til familieliv.

EMK artikkel 8 verner retten til familieliv og artikkelens første ledd lyder:

*“Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.”*

Denne retten begrenses i art. 8, 2.ledd. som uttrykker at det offentlige ikke skal gripe inn i privat- og familielivet med mindre det fremgår av loven og det er ”necessary in a democratic society [...]for the prevention of disorder or crime”.

EMD har i flere saker funnet at utvisning er et inngrep i retten til familieliv, første gang i *Berrehab v. Nederland* (A 138, 1988). Retten til å utvise vil fremgå av loven, så dette vilkåret er ikke et problem. Spørsmålet blir derfor om utvisning er et nødvendig samfunnsmessig tiltak. *Moustaquim v. Belgia* (A 193, 1991) er et eksempel på at utvisning kan være i strid med art. 8. En marokkansk innvandrers ble utvist etter i sin ungdom å ha begått gjentatte vinningsforbrytelser. Moustaquim hadde bodd i Belgia siden han var to år, og både foreldrene og søsknene hans bodde der. Med bakgrunn i at han var dømt for mindre alvorlige forbrytelser, og at det var flere år siden, samt at han hadde all sin familie i Belgia, fant domstolen at utvisningen utgjorde et uforholdsmessig inngrep som ikke var nødvendig i et demokratisk samfunn.<sup>19</sup>

Spørsmålet om utvisning er i strid med retten til familieliv har også vært oppe i norsk rett flere ganger, blant annet i Rt. 1995 s.72. Førstevoterende uttrykker at utvisning ikke er å anse ”som noen familiesplittelse hvis det ikke vil være urimelig å forvente at den utvistes ektefelle og barn kan følge med til utlandet”. For å avgjøre om aktuelle utlendingssaker

---

<sup>19</sup> Møse 2002 s.428

faller inn under art. 8, 1. ledd må en ta stilling til hvor vanskelig det vil være for familien å flytte med. Dernest må en vurdere hvorvidt myndighetenes inngrep er begrunnet i et påtrengende samfunnsmessig behov. I Rt. 1995 s. 72 utgjorde voldtekt av datteren et sterkt grunnlag for å utvise. Konklusjonen er at den vanskelige situasjonen familien kommer i ved at de må velge mellom å bli i Norge eller reise med til Pakistan, ikke ”oppveier de sterke offentlige hensyn i å kunne utvise en utenlandsk statsborger som har gjort seg skyldig i så alvorlige straffbare handlinger som det her dreier seg om.”

Ut i fra rettspraksis kan en si at dersom familien ikke kan følge med den utviste tilbake til hjemlandet, vil familien kunne bli splittet, og det vil kunne være i strid med retten til familieliv. Er det imidlertid mulig for familien å flytte etter, regnes det som familiens eget valg dersom den blir i Norge, og en utvisning vil dermed ikke være i strid med art. 8. Dette er uavhengig av hvor realistisk flyttingen er. Særlig vanskelig vil det jo være dersom den utviste utlendingen er gift med en etnisk nordmann. Det er viktig at dette hensynet blir tilstrekkelig ivaretatt gjennom regelen om ikke å utvise dersom det er urimelig.

### 2.1.5 Rettspolitikk

Bør det være adgang til å utvise for brudd på utlendingsloven? Dagens samfunn bærer preg av internasjonalisering, og folk bosetter seg i mye større grad i utlandet enn for noen få år tilbake. Er det da riktig at man skal kunne utvise mennesker som har slått rot utenfor sitt hjemland.<sup>20</sup> Selv om utvisning ikke er en form for straff, vil det nok ofte virke slik i praksis fordi det kan ramme utlendingen meget hardt. Advokatforeningen uttalte følgende i forbindelse med høringsuttalelser til utlendingsloven av 1988: ” Utvisning - ikke minst etter at en viss tilhørighet til Norge er etablert - er reelt sett straff. Det er i samsvar med norsk rettstradisjon og prinsippene i Grunnloven at ingen utsettes for straff uten domstolsbehandling”.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Hansen og Bolstad 2005 s. 24

<sup>21</sup> Ot.prp. nr. 46(1986-1987) s.150

Både utlendingsmyndighetene og lovgiver bruker argumenter fra strafferetten ved utvisning. Ivaretar ikke strafferetten allmenn- og individualpreventive hensyn i stor nok grad, slik at det er nødvendig med en ekstra mulighet til å reagere overfor utlendinger som begår kriminalitet?<sup>22</sup> Både allmennprevensjonen og individualprevensjonen blir styrket ved at det er adgang til å utvise utlendinger. En viktig side ved individualprevensjonen er at lovbryteren blir utestengt fra samfunnet og derfor mister muligheten til å begå nye straffbare handlinger. I motsetning til ved straff, vil en utlending som er utvist med varig innreiseforbud være hindret fra å kunne begå ny kriminalitet i Norge.

Også allmennpreventive hensyn støtter utvisning. For det første ønsker utlendingsmyndighetene å vise at misbruk av asylinstituttet ikke aksepteres. Derneft er det hensiktsmessig å gi uttrykk for at Norge ikke er en "fristat" for utlendinger, slik det blir hevdet i ulike sammenhenger. For de som har lovlig opphold her i landet, vil trusselen om utvisning ofte være et minst like godt argument for å være lovlydig, som trusselen om straff. Ved alvorlige overtredelser av utlendingsloven, som for eksempel menneskesmugling, vil muligheten for å utvise kunne beskytte samfunnet mot slike handlinger. Frykten for utvisning er stor, men for at det skal være en allmennpreventiv effekt er det en forutsetning at utvisningsvedtakene er kjent for allmennheten. Her er man avhengig av at denne informasjonen sprer seg blant utlendingene selv, all den tid et utvisningsvedtak er unntatt offentlighet jfr. forvaltningsloven § 13.

Utvalget som var nedsatt i forbindelse med forberedelsene til dagens utlendingslov, mente at det burde være et krav for å utvise at utlendingen at han med stor sannsynlighet ville begå fremtidige lovbrudd. Departementet gikk imot at denne sannsynligheten skulle være avgjørende. De mente at det var alt for vanskelig å vurdere tilbakefallsrisikoen.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Hansen og Bolstad 2003 s. 174

<sup>23</sup> Ot.prp.nr 46(1986-1987) s. 131

Det går frem av utl. § 2, 1.ledd at loven har til formål å sikre myndighetenes ”*kontroll med inn- og utreise*”. Reglene om utvisning bidrar til denne kontrollen ved at myndighetene gis mulighet til å sende ut de som ikke overholder norsk lov.

Utlendinger er en uensartet gruppe som innebefatter alt fra turister til de som har bodd her i mange år. Kan det tenkes at retten til å utvise utlendinger for brudd på utlendingsloven bør begrenses til kun å gjelde de som har oppholdt seg i landet i en kort periode? For enkelte kan det være slik at å bli sendt tilbake til hjemlandet, ikke føles som å komme hjem, fordi de har bygd seg opp et nytt liv i Norge. Det er større grunn til å beskytte disse utlendingene med familier, enn for eksempel turister som overskrider visumperioden.

Ved vurderingen av utlendingens tilknytning til Norge er oppholdstiden et sentralt moment. Man kan spørre seg om utlendinger som kom hit som barn spesielt bør vernes mot utvisning. Dersom man har utviklet sin ”kriminelle løpebane” her i landet er det kanskje myndighetenes oppgave å ta ansvar for disse utlendingene.<sup>24</sup>

## 2.2 Bortvisning som følge av brudd på utlendingsloven

Overtredelse av utlendingsloven kan i stedet for utvisning føre til bortvisning, jf. utl. § 27. Dette står ikke eksplisitt i § 27, men det går frem av en tolkning av § 27, 1. ledd. Innledningsvis nevnes kort hva som i følge denne bestemmelsen kan føre til bortvisning: I bokstav a omtales mangel på gyldig pass, visum eller reisedokument. I bokstav b fastslås det at en kan bortvises hvis et innreiseforbud etter utvisning fremdeles står ved lag. I bokstav c omtales de som mangler nødvendige tillatelser. Manglende midler til oppholdet kan medføre bortvisning etter bokstav d.

Når man skal avgjøre hvilken reaksjon som skal ilegges en utlending som har overtrådt utlendingsloven, må det foretas en konkret vurdering. Siden bortvisning ikke innebærer et innreiseforbud, vil utlendingen stå fritt til å forsøke å få opphold her i landet ved en senere

---

<sup>24</sup> Hansen og Bolstad 2005 s. 10

anledning. Det er derfor klart at utvisning er en mye hardere reaksjon. For å bestemme reaksjonen må myndighetene vurdere forholdsmessigheten. Forholdets alvorlighet og utlendingens tilknytning til riket vil være det vesentlige i denne vurderingen.

Dersom spørsmålet er om en utlending skal bortvises eller utvises som følge av ulovlig opphold, vil utgangspunktet være oppholdets lengde. Dersom det ulovlige oppholdet er på mindre enn tre måneder vil det være mest aktuelt med bortvisning. Er oppholdet lenger, vil utvisning være den mest aktuelle reaksjonen. Eksempelvis endte i 2001 to av 33 saker om utvisning for ulovlig opphold i mer enn tre måneder, med bortvisning.<sup>25</sup> Forholdsmessighetsvurderingen vil i stor grad samsvare den som benyttes ved vurderingen av om det er uforholdsmessig å utvise.

### 2.3 Dobbeltraffproblematikken

Som det går frem ovenfor regner en ikke utvisning eller bortvisning som straff. I utgangspunktet kan man derfor si at utvisning og straff for samme forhold ikke er i strid med EMK tilleggsprotokoll 7 art. 4 nr.1 som setter forbud mot dobbeltraff. Artikkelen lyder:

*“No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State.”*

Selv om menneskerettskommisjonen er nedlagt som organ, er det interessant å se på kommisjonens avgjørelse i 37312/97, *Esen v Nederland*. Her ble det fastslått at utvisning sammen med straff ikke var i strid med regelen om dobbeltraff. I *Esen v Nederland* sier menneskerettskommisjonen:

---

<sup>25</sup> Hansen og Bolstad 2003 s. 161

*"the decision to declare the applicant an undesirable alien, and, consequently, to exclude him from the Netherlands, although it was based on the applicant's prior narcotics offences by a competent trial court, cannot be regarded as tantamount to a conviction or a "criminal offence" or a "penalty" within the meaning of Article 4 of the protocol No. 7 of the convention".*

I denne saken dreier det seg imidlertid om en dom som ikke skyldes brudd på utlendingsrettslige regler.

Norsk rett har også tatt stilling til spørsmålet om dobbeltstraff i to saker om tilleggsskatt, Rt 2002 s.509 og Rt. 2002 s.557. Det kan være interessant å trekke enkelte sammenligninger til utlendingsretten. I avgjørelsene fastslås at "any criminal charge", som oversettes med "straffesiktelse", ikke skal tolkes snevert. Det kan derfor reises spørsmål om en utvisningssak vil innebære en slik straffesiktelse.

Ved vurderingen av om noe skal falle inn under reglene om dobbeltstraff, er det for det første et moment at det er opp til nasjonal rett om de vil klassifisere en reaksjon som straff eller ikke. På utlendingsrettens område har man, som nevnt ovenfor, gjort et bevisst valg i forhold til dette. Ved klassifiseringen skal det tas hensyn til lovbruddets innhold og reaksjonens alvorlighet. Her må det altså foreligge en forholdsmessighetsvurdering. I tilleggsskattedommene legges det også vekt på hvorvidt reaksjonen kan ramme allmennheten. Det må være rimelig klart at utvisning kan ramme en stor gruppe utlendinger som overtrer loven. I Rt. 2002 s. 509 legges det også vekt på at tilleggsskatt er begrunnet i allmennprevensjon. Dette er jo også tilfelle for reaksjonene etter utlendingsloven. Førstevoterende uttaler dessuten at tilleggsskatt ikke har subsidiær fengselstraff, og dette taler for at slik skatt ikke er straff. Igjen en parallell til utlendingsretten. Som det går frem ovenfor er det mange paralleller mellom tilleggsskattesakene og utlendingssakene, men på tross av dette rammes ikke dobbeltbehandlingen av saker mot utlendinger av bestemmelsene om dobbeltstraff.

En kan spørre seg om dette vil stille seg annerledes dersom utlendingen både ble straffet og utvist for samme lovbrudd, for eksempel ulovlig opphold. For å avgjøre dette må en vurdere om utvisning kan anses som om en blir "*punished... in criminal proceedings*". Det må være klart at utvisningen har mange av de samme funksjonene som straff. Dette går også fram av at myndighetene bruker strafferettslig argumentasjon i utvisningssaker. Et annet argument er at utvisningen vil ramme utlendingen like hardt eller hardere enn selve straffen. På en annen side er formålet med utvisning ikke å straffe, men å føre kontroll med innvandringen.

### 2.3.1 Rettspolitikk

Burde utvisning sammen med straff rammes av reglene mot dobbeltstraff?

Her må man først se på om utvisning bør regnes som straff. Andenæs definerer straff som "et onde som staten tilføyer en lovovertreder på grunn av lovovertreddelsen i den hensikt at han skal føle det som et onde."<sup>26</sup> Det er staten som fatter utvisningsvedtak, og for utlendingen kan det føles som et onde å måtte forlate Norge for kanskje aldri å kunne komme tilbake. Spørsmålet blir så om reaksjonen er gitt for at den skal føles som et onde. Her er det naturlig å se på formålet med reglene i utlendingsloven. Av utl. § 2 fremgår det at formålet er å føre kontroll med de utlendingene som reiser til og oppholder seg i Norge, reglene om utvisning er ment å tilfredsstille dette formålet, og ikke være en straffetrussel.

Likevel kan det være hensiktsmessig å se på hvilken virkning utvisningen har, fremfor om den faller inn under definisjonen av straff. Først og fremst er det virkningen for den enkelte utlending som blir avgjørende. Følgene av utvisning har likhetstrekk med reaksjoner som klassifiseres som straff, for eksempel rettighetstap. Utvisning innebærer at staten fratar utlendingen oppholds- eller bosettingstillatelse, og det innebærer også et reelt tap av sivile, politiske, sosiale, kulturelle og økonomiske rettigheter.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Andenæs 1962

<sup>27</sup> NOU 2004:20

I tillegg er det naturlig å ta i betraktning at dersom en person utvises fra Norge, og særlig hvis det er med varig innreiseforbud, er dette en svært sterk reaksjon.

For samfunnet vil også utvisning ha mange likehetstrekk med straff. Spesielt fordi utvisning ivaretar individualpreventive og allmennpreventive hensyn.

Utlendingslovutvalget, som har kommet med forslag til ny utlendingslov, har også vurdert om utvisning bør regnes som straff: ”Utvalget har vurdert om utvisning bør klassifiseres som straff, men har blant annet med grunnlag i at utvisning ikke klassifiseres som straff i henhold til EMK, falt ned på at man bør videreføre en ordning hvor utvisning klassifiseres som en administrativ reaksjon.”<sup>28</sup>

På tross av dette vil jeg si at utvisning ligger såpass tett opp til straff at det kanskje burde regnes som det i henhold til art. 4.

Dersom man holder seg til at utvisning ikke er straff, kan en allikevel stille seg spørrende til bruk av slike doble reaksjoner. Muligens ligger kombinasjonen av straff og utvisning så tett opp til grensen for krenkelse av en menneskerettighet, at det hadde vært bedre om utlendingen bare kunne ilegges en reaksjon.

### **3 Straff etter utlendingsloven**

#### **3.1 Generelt**

Grunnlaget for å straffe etter utlendingsloven er utl. § 47. Paragrafens 1.ledd bokstav a er en generell straffebestemmelse. Her heter det:

---

<sup>28</sup> NOU 2004:20 s. 32



*”Med bøter eller fengsel inntil seks måneder eller med begge deler straffes den som forsettlig eller uaktsomt overtrer loven her, eller forskrifter, forbud, påbud eller vilkår gitt i medhold av loven her.”*

Hva som ligger i dette går frem av bestemmelsene om hvilke vilkår som må være oppfylt for lovlig innreise og opphold. Både overtredelser av utlendingsloven og utlendingsforskriften er straffbare. I tillegg straffes den som har ikke har oppfylt vilkårene for en bestemt tillatelse, f. eks oversittet visumperioden. I tillegg til at handlingen må omfattes av gjerningsbeskrivelsen, må også de tre andre straffbarhetsvilkårene være oppfylt, det vil si at det ikke må foreligge straffrihetsgrunner, overtrederen må være tilregnelig og det må påvises skyld. Det går frem av bestemmelsen at både forsettlig og uaktsom handling omfattes.

§ 47, 1.ledd bokstav b inneholder straffebestemmelsen for å avgi uriktige opplysninger. Forholdet mellom bokstav a og b er ikke regulert i loven eller forarbeidene. Det er naturlig å tolke paragrafen slik at bokstav b setter krav til at opplysningene skal være avgitt i sak etter utlendingsloven, men at den som ikke oppfyller sin opplysningsplikt eller gir ufullstendige opplysninger utenfor saken kan straffes etter bokstav a.<sup>29</sup> ”[I] sak” referer ikke bare til egen sak. Straffebestemmelsen vil gjelde enhver som gir uriktige opplysninger i en utlendingssak. Ikke enhver uriktig opplysning eller uttalelse er straffbar. Bestemmelsen fastslår at de uriktige opplysningene må være vesentlige. Det må trolig bety at opplysningen har betydning for sakens utfall.

Utnytting av ulovlig arbeidskraft er gjort straffbart i § 47, 2. ledd bokstav a. Det er arbeidsgiverne som kan straffes etter denne bestemmelsen.<sup>30</sup>

Å forlede noen til å bosette seg i Norge er straffbart i henhold til § 47, 2. ledd bokstav b. Denne regelen rammer de som driver med formidling av husvære eller arbeid til

---

<sup>29</sup> Utlendingsrett 2004 s.557

<sup>30</sup> Hovedsakelig vil arbeidsgiverne være norske borgere og derfor går jeg ikke nærmere inn på dette.

utlendinger, og på denne måten utnytter utlendingers vanskelige situasjon. I følge forarbeidene er det organisert bolig- og arbeidsformidling som skal straffes.<sup>31</sup>

Den som forleder utlending til å reise til eller bosette seg i Norge kan straffes etter annet ledd bokstav c. Bestemmelsen retter seg mot den som gir ”falske forespeilinger” eller bruker annen ”utilbørlig adferd”. Regelen omfatter de tilfellene der utlendingen lures til å reise inn i riket med tanke på å bosette seg her.<sup>32</sup>

§ 47, 2. ledd bokstav b omhandler å overlate reisedokument til en annen, når vedkommende forstår eller burde forstå at dokumentene kan brukes til å reise inn i Norge eller et annet land.

Menneskesmugling er omtalt i § 47, 3. og 4. ledd. Tredje ledd fastslår at den som hjelper en utlending inn i riket med vinningshensikt kan straffes, mens fjerde ledd rammer organisert virksomhet. Bestemmelsene rammer de som bidrar til ulovlig opphold og innreise. Transportering av utlendinger som har tillatelse faller ikke inn under tredje eller fjerde ledd. Hva hjelpen består i, er ikke avgjørende. Både den som fysisk frakter utlendingene inn i riket, og den som skaffer nødvendige reisedokumenter kan straffes. Med organisert virksomhet menes at det må dreie seg om mer enn et enkelt tilfelle.

### 3.2 Hvorfor er bruk av straff et middel på utlendingsrettens område?

Ved forberedelse til den nye utlendingsloven vurderte utvalget om det ved overtredelser var tilstrekkelig med forvaltningsmessige reaksjoner. Men de kom raskt til at det var nødvendig med en straffebestemmelse.<sup>33</sup> Bakgrunnen for dette var hensynet til forholdsmessighet.

---

<sup>31</sup> Ot.prp nr 46 (1986-1987) s.251

<sup>32</sup> Utlendingsrett 2004 s.587

<sup>33</sup> NOU 1983:47 Fremmedlovutvalgets utkast til ny utlendingslov s. 310

Det går klart frem av § 47 siste ledd at overtredelser bare påtales når hensynet til allmennheten tilsier det. Grunnlaget for dette ligger i å imøtekomme samfunnets forventninger til at en person som har begått en alvorlig forbrytelse, ikke bare skal kunne forlate landet uten straff.

Hensynet til rettferdighet tilsier også at det skal være adgang til å straffe. En norsk borger vil ikke kunne bli ilagt utlendingsrettslige reaksjoner. En utlending vil risikere utvisning mens en nordmann, uten egen straffebestemmelse, står fritt til å bryte reglene, så sant forholdet ikke rammes av straffeloven eller andre straffebestemmelser. Dersom en nordmann ansetter en utlending uten arbeidstillatelse, så vil utlendingen kunne utvises, men uten straffebestemmelse, vil man ikke ha noen tilsvarende reaksjon overfor nordmannen.

Det nye utlendingslovutvalget vurderte også hvorvidt det var behov for straffebestemmelser i utlendingsloven, og kom fram til samme resultat som før loven i 1988.<sup>34</sup>

Den generelle regelen i utl. § 47, 1. ledd bokstav a klargjør at overtredelser av påbud eller vilkår også er straffbare. Departementet mener at dette er med på å nyansere reaksjonene. Straff kan være en mildere reaksjon enn for eksempel tilbakekalling av en tillatelse, som igjen vil føre til utvisning.<sup>35</sup>

### 3.3 Rettspolitikk

Bør det være adgang til å bruke straff som reaksjon på utlendingsrettens område? Det er ikke selvsagt at straff skal være en mulig reaksjon i utlendingssaker. I følge Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) ønsket det nedsatte utvalget at utlendingsloven skulle åpne for at de som frivillig forlot landet skulle kunne slippe anmeldelse, etterforskning, påtale og straff. Dette

---

<sup>34</sup> NOU 2004:20 s. 364

<sup>35</sup> Ot.prp.nr. 46 (1986-1987) s.250

ønsket de skulle gjelde for utlendinger ”som er lite å laste i forhold til andre ”<sup>36</sup>.

Bakgrunnen for dette var at de ønsket at alle ledd i systemet skulle vurdere straffebehovet. Det er trolig likevel svært vanskelig å vite alvorligheten av et forhold dersom det ikke etterforskes. Bestemmelsen kan anses å være unødvendig siden opportunitetsprinsippet åpner for at påtalemyndighetene kan la være å tiltale noen for en bevislig begått straffbar handling. Opportunitetsprinsippet innebærer at påtalemyndighetene ikke har noen plikt til forfølge saken for domstolene. På bakgrunn av dette ble forslaget strøket av departementet.<sup>37</sup>

Ved at man har mulighet til å straffe utlendinger som overtrer utlendingsloven, kan man nyansere reaksjonene ved overtredelser. Utvalget bak utlendingsloven, mente at man kunne bruke mild straff mot mindre forhold, og at grovere handlinger kunne straffes med både straff og forvaltningsrettslig reaksjon, eller en av delene.<sup>38</sup>

Det vil muligens være et moment at det er enklere for myndighetene å utvise, i forhold til den lange og ressurskrevende prosessen det er å få noen straffedømt.

## **4 Etterforskning og forvaltningens saksbehandling**

### **4.1 Utlendingsmyndighetene og saksbehandlingen i utlendingssaker**

I de fleste tilfeller vil det være politiet som først får befatning med utlendingen, i og med at de har ansvar for grensekontrollen. Det er også politiet som mottar og forbereder søknader som skal oversendes til UDI. Utl. § 6, femte og syvende ledd fastsetter vilkårene for å få innvilget første gangs oppholds- eller arbeidstillatelse. Hovedregelen er at søknaden må være fremmet mens vedkommende fremdeles befinner seg i utlandet, og søknaden må være

---

<sup>36</sup> Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) s.13

<sup>37</sup> Ot. prp. nr. 46 (1986-1987)s. 186

<sup>38</sup> Ot. prp. nr. 46 (1986-1987) s.182

ferdig behandlet før innreise. De utlendingene dette gjelder kommer også tidlig i kontakt med politiet ettersom de må melde seg innen syv dager etter innreise, jf. § 14, 1. ledd.

Hovedregelen er at vedtak om oppholds- og arbeidstillatelser fattes av UDI., jf. § 6, 8. ledd første punktum. I enkelte utlendingssaker har politiet fått delegert vedtaksmyndighet. Er det ikke tvil om at vilkårene er oppfylt, kan politiet innvilge søknad om oppholds- eller arbeidstillatelse, jf. utl. § 6, 8. ledd jf. utf. § 13, 2. ledd.

Utlendingsdirektoratet ble opprettet for å ”samordne statens virksomhet overfor flyktninger, asylsøkere og innvandrere”<sup>39</sup>. Direktoratet er inndelt i avdelinger som har ansvar for henholdsvis asylsøknader, oppholds- og arbeidstillatelser, integrering og strategiske oppgaver. UDI er også klageorgan for forvaltningsvedtak truffet av politiet, og har generell instruksjonsmyndighet overfor politiet som forvaltningsorgan, og for utenriksstasjoner. Dessuten har direktoratet mulighet til å instruere politiet i enkeltsaker.

Klager på UDIs vedtak skal behandles av Utlendingsnemnda(UNE). UNE er et forholdsvis nytt organ som ble etablert 1. januar 2001. Før dette var det Justisdepartementet som håndterte klagene. UNE ble opprettet for å være et uavhengig organ som ”skulle bedre rettsikkerheten, styrke tilliten til de avgjørelser som ble truffet, redusere saksbehandlingstiden og avlaste statsråden”<sup>40</sup>

Det er kommunal- og regionaldepartementet som siden 2000 har vært ansvarlige for utlendingssaker. Ansvar har etter siste Stortingsvalg gått over til arbeids- og sosialdepartementet. Dermed er arbeids- og sosialministeren den øverste ansvarlige for utlendingsforvaltningen. Departementets instruksjonsmyndighet ble begrenset i 2001, slik at de ikke lenger kan instruere de utøvende organene om lovtolkning, skjønnsutøvelse eller avgjørelser av enkeltsaker. Departementets instruksjonsmyndighet er nå begrenset til

---

<sup>39</sup> Fisknes 1994 s.26

<sup>40</sup> Utlendingsrett 2004 s.367

enkeltsaker som gjelder rikets sikkerhet, og i saker hvor utenrikspolitiske hensyn gjør seg gjeldende.

#### 4.2 Når skal det igangsettes etterforskning?

Overtredelser av utlendingsloven vil ofte bli oppdaget av politiet som forvaltningsorgan i deres befatning med utlendingssaker. Derfor vil det være et aktuelt spørsmål når det skal iverksettes etterforskning ved siden av den forvaltningsrettslige behandlingen.<sup>41</sup>

Vilkårene for når det skal igangsettes etterforskning fremgår av straffeprosessloven (strpl.) § 224, 1. ledd, her heter det:

*”Etterforskning foretas når det som følge av anmeldelse eller andre omstendigheter er rimelig grunn til å undersøke om det foreligger straffbart forhold som forfølges av det offentlige.”*

Et vesentlig moment er hva som ligger i kravet til ”rimelig grunn”. Politiet må foreta en skjønnsmessig vurdering i det konkrete tilfelle. Viktige momenter i denne vurderingen er for det første at beslutningen om å etterforske må være saklig begrunnet. For det andre må det være sannsynlig at det foreligger et straffbart forhold, og det må ikke være uforholdsmessig å utsette den mistenkte for etterforskning. Videre må en se på hva som er formålet med etterforskningen, jf. strpl. § 226, 1.ledd. I denne bestemmelse heter det at formålet er å skaffe til veie nødvendige opplysninger for å; avgjøre tiltalespørsmålet, forberede rettsbehandlingen og for å fullbyrde straffen. Gjennom etterforskningen skal politiet undersøke saken med det for øye at saken skal bli så godt opplyst som mulig, ettersom målet er å fremskaffe bevis og oppklare saken. Etterforskningen må derfor være en formålstjenlig innsamling av faktaopplysninger.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> Utlendingsrett 2004 s.455

<sup>42</sup> Riksadvokatens rundskriv om etterforskning 22/12-1999

Ved siden av de materielle vilkårene for å igangsette etterforskning er det også slik at politiet har begrensede ressurser, og derfor må foreta prioriteringer. Riksadvokaten skrev i et brev til Kriminalpolitisen av 4.3.1996 at hvorvidt etterforskning skulle innledes måtte vurderes ut fra skadevirkningene for enkeltmennesker og samfunn. Riksadvokaten uttrykker videre at mindre straffbare forhold i utlendingssaker, som f. eks bruk av falske reisedokumenter, bør møtes med forvaltningsmessige reaksjoner i stedet for straff.

#### 4.2.1 Forholdsmessighetskravet og kravet til at beslutningen skal være saklig begrunnet

Siden det er politiet som gjennom sin forvaltningsvirksomhet oppdager overtredelser av utlendingsloven, er det sjelden tvilsomt om etterforskningen er saklig begrunnet. Det interessante spørsmålet blir da om det er forholdsmessig å igangsette etterforskning.

Når en skal avgjøre om det er forholdsmessig å straffe, er det naturlig å foreta en vurdering som ligger tett opp til vurderingen av i hvilken grad straffereaksjoner bør benyttes på utlendingsfeltet.<sup>43</sup>

Av forarbeidene går det frem hvilke hensyn som er av betydning for at straffereaksjoner skal kunne brukes på utlendingsrettens område.<sup>44</sup> For det første er det krav til forholdsmessighet. I forarbeidene går det frem at både departementet og fremmedlovsutvalget mente at utlendingsrettslige reaksjoner kan være svært strenge, og at straff kan være en lempeligere reaksjon. Ett eksempel på dette kan være dersom en utlending som har oppholdt seg lovlig i Norge i mange år og har familie her, blir utvist for en mindre alvorlig overtredelse. Da vil følgene for utlendingen av en utvisning være mye mer alvorlig enn det lovovertrædelsen skulle tilsi. Sannsynligvis er det langt rimeligere å gi vedkommende en bot eller fengselsstraff.

---

<sup>43</sup> Utlendingsrett 2004 s. 455

<sup>44</sup> Ot. prp. nr. 46 (1986-1987) side 181 følgende

Det andre hensynet som departementet mener er avgjørende for adgangen til straff, er hensynet til allmennheten. Hensynet til sakens alvorlighet og rettferdighet taler for at vedkommende skal straffes i Norge, og at det derfor er helt nødvendig med en etterforskning. Man kan også stille spørsmålet om ikke en etterforskning vil være mer omfattende enn den tilsvarende saksbehandlingen i forvaltningen. Er dette tilfelle kan en lettere avdekke forholdene rundt forbrytelsen, noe som igjen medfører at den mistenkte får en bedre sjanse til å vise sin eventuelle uskyld.

#### 4.2.2 Sannsynlighetskravet

Sannsynlighetskravet vil i liten grad medføre problemer, ettersom det er politiet selv som avdekker kriminaliteten. Likevel vil det i enkelte tilfeller være nødvendig å foreta noen enkle undersøkelser for å finne ut hvorvidt det er sannsynlig at det er begått et straffbart forhold. Spørsmålet blir da hvor grensen går mellom etterforskning og undersøkelser.

I rundskrivet om etterforskning fra riksadvokaten heter det:

*”[H]vor formålet er begrenset til enkle, kortvarige, undersøkelser for å skaffe grunnlag for å avgjøre om vilkårene for å sette i verk etterforskning er oppfylt, er den nedre grense for etterforskning ikke passert.”<sup>45</sup>*

Med andre ord kan politiet foreta forberedende undersøkelser uten at det er å definere som etterforskning.

Spørsmålet blir da videre hvor stor sannsynligheten må være. Er det tilstrekkelig at vedkommende utlending kommer fra et land der politiet vet at det forekommer mange forsøk på å ”lure” systemet eller kreves det at politiet vet noe konkret om denne personen som tilsier at det foreligger noe kriminelt. Her må man foreta en rimelighetsvurdering. Sett ut fra hensynet til utlendingenes integritet er det urimelig å bli mistenkt bare fordi en

---

<sup>45</sup> Riksadvokatens rundskriv om etterforskning 22/12-1999



kommer fra et land som har et ”dårlig rykte”. En slik generalisering vil nok føles svært krenkende. Imidlertid er det slik at lignende generaliseringer forekommer i andre deler av utlendingsretten. For eksempel blir mange visumsaker avgjort på grunnlag av tidligere erfaringer. Det tas utgangspunkt i hvorvidt personer fra et bestemt land returnerer til hjemlandet etter at visumtiden er gått ut. Det er kanskje tvilsomt om en kan sammenligne dette, all den tid det er langt mer inngripende å bli utsatt for etterforskning enn å bli nektet visum.

Hensynet til effektivitet tilsier at en ikke er tjent med å mistenkeliggjøre alle fra bestemte land, en slik etterforskning vil bli svært ressurskrevende. Likevel ville det kanskje være en fordel at politiet har lett adgang til å bedrive etterforskning på utlendingsfeltet, siden en da ville ha bedre mulighet til å oppdage lovovertrедelser.

Konklusjonen er at sannsynlighetskravet knytter seg til forhold ved den enkelte person, og ikke landet han kommer fra.

Politi-loven § 2, nr. 2 og 3 definerer politiets oppgaver som blant annet å forebygge og avdekke kriminalitet. En metode som benyttes for å forebygge og avdekke kriminalitet er å holde øye med spesielle miljøer der politiet vet av erfaring at sjansene er store for at det foregår ulovligheter. Dette betegnes som sekundærprevensjon og fokuserer på at spesielle grupper er i risikozonen for å bli kriminelle.<sup>46</sup> Med bakgrunn i denne bestemmelsen kan politiet observere et innvandrer miljø fra et bestemt land. Dette dreier seg da om etterretning og ikke etterforskning.<sup>47</sup>

#### 4.3 Skille mellom etterforskning og forvaltningens saksbehandling

Et av problemene knyttet til at en utlendingssak kan være gjenstand både for straffeprosessuell og forvaltningsrettslig behandling, er politiets dobbeltrolle. Politiet vil både være forvaltningsmyndighet og etterforskningsmyndighet.

---

<sup>46</sup> Politirett 2004 s. 230

<sup>47</sup> Utlendingsrett 2004 s. 457

Å skille mellom rollene er viktig fordi metodene og reglene på de to områdene er forskjellige<sup>48</sup>, og det vil ikke la seg gjøre å forene regelsettene. Etterforskning har hjemmelsgrunnlag i straffeprosessloven, som blant annet gir adgang til bruk av tvangsmidler, og gir den etterforskede spesielle rettigheter, bl.a. retten til å forholde seg taus. Når politiet opptrer som forvaltningsorgan gjelder utlendingsloven. Dette medfører forklaringsplikt, og gir ikke adgang til bruk av tvangsmidler på samme måte.

Det er viktig for vedkommende utlending at han vet om politiet etterforsker i forbindelse med en straffesak, eller om det dreier seg om en forvaltningssak. Dessuten er det viktig at politiet har klart for seg om de bedriver etterforskning eller ikke. Som jeg kommer tilbake til nedenfor i kapittel 6 er kravene til et avhør i etterforskningen og til en forklaring i utlendingssak, så vidt forskjellige at det må foretas to ulike avhør.

For å avgjøre om politiet bedriver etterforskning er det hensiktsmessig å ta utgangspunkt i formålet som fremgår av strprl. § 226, 1. ledd, supplert med riksadvokatens rundskriv om etterforskning. Dersom hensikten er å finne ut om en straffbar handling har funnet sted og eventuelt hvor, når og hvem som står bak, dreier det seg helt klart om etterforskning. Også hvor hensikten er å klarlegge forhold som er av betydning for om det skal tas ut påtale, vil det dreie seg om etterforskning.<sup>49</sup>

#### 4.4 Klagebehandling

For å vite hvilket organ som skal behandle eventuelle klager, er det viktig å avgjøre om saken skal behandles forvaltningsmessig eller strafferettslig.

I saker der politiet har opptrådt som forvaltningsorgan er det klagereglene i utlendingsloven som gjelder. Reglene om klage på vedtak i utlendingssaker står i utl. §§ 38, 3. ledd, 38a og

---

<sup>48</sup>Utlendingsrett 2004 s. 457

<sup>49</sup>Riksadvokatens rundskriv om etterforskning 22/12-1999

38b, samt utf. §§ 138-143. I § 38, 3. ledd første punktum fastslås det at UDI skal behandle klager på avgjørelser politiet treffer som forvaltningsorgan. Klager på vedtak fattet av UDI skal behandles av UNE, jf. § 38, 3. ledd andre punktum. § 38a gjør rede for organiseringen av UNE, mens § 38b hjemler nemndas behandlingsformer.

Først må det fastslås hva som er gjenstand for klage. I henhold til forvaltningsloven (fvl.) § 28, 1. ledd er det enkeltvedtak som kan påklages. Nesten alle avgjørelser knyttet til søknader i utlendingsretten vil være enkeltvedtak, jf. fvl. § 2, 1. ledd bokstav b. Klagene som UDI skal behandle, er først og fremst der politiet etter delegert myndighet har truffet vedtak om sakens realitet, for eksempel vedtak om bortvisning etter § 27, 1. ledd bokstav a.

UDI er også riktig klagerorgan dersom utlendingen hevder at politiet har begått feil i saksforberedelsene.

Reglene om klage på påtalemyndighetenes vedtak står i straffeprosessloven, og klages det på etterforskningen er det overordnet påtalemyndighet som skal avgjøre klagen. Det vil i første rekke si statsadvokaten og dernest riksadvokaten.

Et tredje klageorgan er Politidirektoratet (POD). Hit rettes klager på polititjenestemannens oppførsel, og politiets bruk av ikke prosessuelle metoder.

#### 4.5 Innhabilitet i straffesaksbehandlingen for polititjenestemann som har deltatt i forvaltningssaken, og motsatt

Siden utlendingssaker ofte forfølges både som straffesak og forvaltningssak, kan en stille spørsmålet om en tjenestemann i politiet, som har tatt del i straffesaken, også kan bistå i forvaltningssaken. Likeledes dersom han behandler forvaltningssaken først, om han da kan være aktiv i straffesaken. Dette blir et spørsmål om habilitet.

Både som forvaltningsorgan og i ordinære politioppgaver er det viktig at det ikke er grunn til å stille spørsmål ved politiets objektivitet. Reglene om inhabilitet for tjenestemenn er med på å bidra til dette.

#### 4.5.1 Tilfeller der tjenestemann har behandlet utlendingssaken og senere blir involvert i straffesaken

Utgangspunktet for å vurdere spørsmålet om inhabilitet er strpl. § 60. Bestemmelsens 1. ledd 1.punktum viser til domstolsloven § 106 nr. 1-5. som omhandler når tjenestemannen eksempelvis er part eller nærstående. Det sentrale her er imidlertid § 60, 1.ledd 2.punktum hvor det står:

*”Han [tjenestemannen] er også ugild når andre særegne forhold foreligger som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet.”*

Strpl. § 60, 1.ledd 2. punktum må sees i sammenheng med strpl. § 226, 3.ledd. § 226, 3.ledd tillegg påtalemyndighetene en særskilt objektivitetsplikt<sup>50</sup>, her heter det *”skal etterforskingen søke å klarlegge både det som taler mot ham og det som taler til fordel for ham.”*. Det at en tjenestemann har hatt omgang med saken før, og kanskje har gjort seg opp en mening om skyldspørsmålet forut for straffesaken, tilsier at han ikke er objektiv.

Tjenestemannens objektivitet kan også være svekket dersom han gjennom saksbehandlingen i forvaltningssaken har fått et dårlig forhold til utlendingen. Dersom objektivitetsplikten ikke er ivarettatt vil det foreligge et slikt ”særegent forhold” som strpl. § 60 sikter til, og tjenestemannen er ikke habil til å delta i straffesaken.

Det er med andre ord ikke slik at en tjenestemann som har deltatt i behandlingen av forvaltningssaken automatisk blir inhabil i straffesaksbehandlingen. Problemstillingen er om han ved å ha forstått en del av saksbehandlingen i forvaltningen, gjør at det foreligger ”særegne forhold”. Her må en ta utgangspunkt i formålet ved regelen. Det går frem av § 60 at formålet er at folk skal ha tillit til at tjenestemannen ikke er partisk eller forutinntatt. Dersom tjenestemannen har vært delaktig i saksbehandlingen, har han en større grad av kunnskap enn han ville hatt dersom han fikk befatning med utlendingen første gang gjennom

---

<sup>50</sup> Hov, Rettergang 2 (1999), s.166

straffesaken. Spørsmålet blir om folk oppfatter det dit hen at denne kunnskapen ”farger” tjenestemannens syn på saken. Hvis politimannen bare har generelle opplysninger, om for eksempel navn, alder, bosted og reiserute, er det tvilsomt om objektiviteten svekkes. Det stiller seg derimot annerledes hvis det har kommet frem alvorlige forhold i forvaltningssaken.

#### 4.5.2 Tilfeller der tjenestemannen deltar i straffesaken og senere blir involvert i forvaltningssaken

Hvis en tjenestemann deltar i en straffesak mot en utlending, og senere kommer i kontakt med samme person i en utlendingssak stiller det seg annerledes. I disse tilfellene vil han eller hun sannsynligvis være inhabil til å forestå saksbehandlingen i utlendingssaken. Dette er regulert i utl. § 35. I § 35 fastslås det at:

*”tjenestemann som har handlet i sak om straffeforfølgning mot vedkommende utlending, kan ikke tilrettelegge grunnlaget for eller selv treffe avgjørelse i sak om bortvisning, arbeidstillatelse, oppholdstillatelse, bosettingstillatelse og utvisning.”*

Som det fremgår av paragrafen blir ikke tjenestemannen innhabil ved enhver omgang med saken. Forarbeidene presiserer dette ytterligere ved å fastslå at det å ”handle i sak om straffeforfølgning” ikke retter seg mot den som anmelder et forhold han er blitt oppmerksom på under behandlingen av forvaltningssaken.<sup>51</sup> Det går også frem av § 35 at det kun er straffesak mot den utlendingen forvaltningssaken gjelder som medfører inhabilitet. Har utlendingen deltatt i straffesaken som vitne eller fornærmet er tjenestemannen habil etter den absolutte regelen i § 35.

§ 35 annet punktum gir ett viktig unntak fra habilitetsregelen. Dersom straffesaken gjelder overtredelse av utlendingsloven, blir ikke tjenestemannen innhabil. Dette skyldes at forvaltningssaken og utlendingssaken har så mye til felles at det ville være lite

---

<sup>51</sup> Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 144.

hensiktsmessig med inhabilitet<sup>52</sup> I enkelte tilfeller kan det derfor bli avgjørende om et lovbrudd blir subsumert under bestemmelsene i utlendingsloven eller straffeloven. For eksempel ved saker om uriktige opplysninger, som kan straffes både etter utl. § 47, 1. ledd bokstav b, og etter strl. § 166

.

Selv om tjenestemannen er habil etter regelen i § 35 kan det tenkes at han rammes av habilitetsbestemmelsen i forvaltningsloven. Fvl. § 6 inneholder regler om habilitet. I henhold til § 6,1.ledd blir en tjenestemann inhabil når forhold ved han som person tilsier det, enten ved at han selv er part i saken eller står en part i saken nær. Det interessante i denne sammenheng er imidlertid § 6, 2.ledd. Her heter det at en tjenestemann er ”ugild når andre særegne forhold foreligger”.

Dette må forstås slik at det skal foretas en helhetlig skjønnsmessig vurdering av om tjenestemannen ikke er objektiv. Vurderingen av tjenestemannens objektivitet vil tilsvarende den etter strpl. § 60, som tar hensyn til om avgjørelsen kan medføre fordeler eller ulemper for tjenestemannen eller noen av hans nærmeste.<sup>53</sup>

Forarbeidene uttrykker også et annet unntak fra habilitetsreglene.<sup>54</sup> Utlendingsloven skal ikke suppleres med forvaltningslovens regler om overordnendes inhabilitet. I fvl. § 6, 3.ledd bestemmes det at når en overordnet tjenestemann i et organ er inhabil, skal ikke direkte underordnede i samme organ treffe avgjørelser. Dersom regelen i § 6.3 skulle gjelde i utlendingssaker, ville det vært meget upraktisk. Det ville ført til at hvor en politimester i et distrikt hadde tatt ut tiltale mot utlendingen, ville ingen i samme politidistrikt kunne treffe avgjørelse i utlendingssaken.

---

<sup>52</sup> NOU 1983: 47 s. 262

<sup>53</sup> Frihagen 1986 s.126

<sup>54</sup> Ot. prp.nr. 46 (1986-1987) s. 143

## 4.6 Rettspolitikk

Det er aktuelt å spørre om enhver befatning med forvaltningssaken burde medføre innhabilitet for straffesaken og motsatt. For det første er det som tidligere nevnt, ønskelig å skille mellom politiets ulike roller. Dersom man unngår å benytte den samme tjenestemannen i de ulike sidene av saken, sikrer en at rollene ikke blir blandet.

Tilliten til tjenestemannen svekkes ved at han deltar i begge sakene. Regelen i strpl. § 60 er ment å sikre denne tilliten, men dersom tjenestemannen aldri deltar i to parallelle saker kan ingen stille spørsmålstegn ved politiets objektivitet. Imidlertid blir det lite praktisk dersom man i alle tilfeller skal vurdere personer som inhabile, bare fordi det er adgang til det.

I enkelte små politidistrikt der ressursene er knappe, vil det kunne by vanskeligheter å måtte ha to ulike tjenestemenn til å håndtere sakene.

Jeg mener også at regelen burde være den samme uavhengig av i hvilken sak tjenestemannen er involvert i først. Slik regelen er i dag vil en tjenestemann som har deltatt i straffesaken ikke kunne delta i forvaltningssaken, mens det i utgangspunktet ikke er noe i veien for det motsatte. Det er grunn til å tro at opplysninger som kommer fram i forvaltningssaken kan være like stigmatiserende som opplysninger fra straffesaken, og at det derfor ikke er rettferdig at hvilken sak som kommer først skal utgjøre noen forskjell.

Utlendingslovutvalget ønsker å fjerne særbestemmelsen i utl. § 35.<sup>55</sup> De argumenterer med at det ikke er forhold ved utlendingssaker som krever en egen habilitetsbestemmelse. Videre uttrykker de at bestemmelsen ikke er i overensstemmelse med ordningen etter andre lover. Dessuten bør det stille seg likt uansett i hvilken sak man treffer på tjenestemannen først.

---

<sup>55</sup> NOU 2004:20 s.325

På tross av dette mener jeg at man best sikrer objektivitet ved å ha regler som hindrer at samme tjenestemann kan delta i begge saker. Dette tror jeg oppnås bedre ved å utvide habilitetsreglene fremfor å fjerne dem.

## **5 Plikter når man avgir forklaring henholdsvis i forvaltningssaken og i straffesaken**

### **5.1 Foreligger det møte-, forklarings- og sannhetsplikt?**

Utlendingens plikter er ikke sammenfallende ved avhør i straffesak og forklaringer i forvaltningssak. Reglene for dette er svært ulike på vesentlige punkter. I dette ligger en viktig grunn til hvorfor det er avgjørende å skille mellom politiets ulike roller. Det er av stor betydning å avgjøre i hvilken grad utlendingen plikter å forklare seg sannferdig, henholdsvis i utlendingssaken og i straffesaken. Forskjellene har betydning for om det er adgang til å benytte forklaringen fra utlendingssaken i straffesaken.

#### **5.1.1 Plikter ved forberedelsene til utlendingssak**

For å komme frem til hvilke plikter som påligger en utlending ved forklaring for utlendingsmyndighetene må en ta utgangspunkt i utl. § 44, 2 ledd. Regelen lyder:

*”I forbindelse med forberedelse av sak etter loven kan den utlending saken gjelder, pålegges å møte personlig og gi opplysninger som kan ha betydning for vedtaket.”*

Dersom utlendingen ikke overholder denne plikten kan han straffes etter den generelle straffebestemmelsen i utl. § 47, 1. ledd bokstav a. Regelen i utlendingsloven § 44, 2. ledd innebærer både en møteplikt og en forklaringsplikt. Denne regelen må sees i sammenheng med regelen i utl. § 47, 1. ledd bokstav b som lyder:



*”med bøter eller med fengsel inntil seks måneder eller begge deler straffes den som forsettelig eller grovt uaktsomt gir vesentlig uriktige eller åpenbart villedende opplysninger i sak etter loven.”*

Av denne regelen går det frem at den som ikke overholder sannhetsplikten kan straffes. Straffetrusselen gjelder ikke alle slags misvisende opplysninger. Av lovteksten fremgår det et vesentlighetskrav. De beste grunner taler for å tolke kravet til vesentlighet slik at opplysningen må være med på å avgjøre sakens utfall. Typiske eksempler på slike vesentlige opplysninger er at utlendingen forklarer seg riktig med henhold til hvor gammel han er, og at vedkommende ikke aktivt lyver om sine slektninger her i landet. At slike opplysninger er vesentlige, fremgår av Rt 1998 s. 1795.

Dommen i Rt 1998 s 1795 omhandler en pakistansk borger som fikk opphold i Norge som 13-åring under falsk identitet. Oppholdstillatelse hadde grunnlag i at onkelen hans som bodde i Norge oppga å være guttens far. Utlendingen ble utvist etter brudd på straffeloven. Departementet mente at det hadde betydning for utlendingens tilknytning til riket at han hadde kommet til landet på grunn av feilaktige opplysninger. De mente at det å føre myndighetene bak lyset var et tilleggsmoment for å utvise. Førstevoterende uttalte imidlertid at han kom til Norge for så lenge siden at en ikke lenger kunne legge vekt på den falske identiteten.

Som det går frem av dommen, mener utlendingsmyndighetene her representert ved justisdepartementet, at å være i landet på falske premisser er så viktig at det har betydning i en utvisningssak mange år etter. Selv om førstevoterende ikke la vekt på de falske opplysningen i denne saken, skyldes det at det har gått lang tid og ikke at å oppgi falsk identiteten vurderes uvesentlig.

I § 44, 2.ledd går det frem at plikten til å forklare seg bare omfatter ”den utlending saken gjelder”. Andre som kan ha opplysninger av betydning for saken har ingen slik plikt.

Det foreligger med andre ord bare en forpliktelse til å avgi partsforklaring. Det er nødvendig med en slik opplysningsplikt for å effektivisere politiets arbeid med å fastslå utlendingens identitet og reiserute, og for å styrke fremmedkontrollmessige hensyn.<sup>56</sup>

Plikten til å forklare seg etter utl. § 44, 2. ledd er mest praktisk ved saker om asyl, saker vedrørende fornyelse av arbeids- og oppholdstillatelse, søknad om bosettingstillatelse, og saker der myndighetene har åpnet sak med sikte på bortvisning eller utvisning.<sup>57</sup>

### 5.1.2 Plikter ved straffesak

I motsetning til i en utlendingssak har en mistenkt i en straffesak ingen forklaringsplikt overfor politiet. Dette fremgår av strpl. § 230, 1. ledd 1. punktum: *”Politiet kan la oppta forklaring av mistenkte, vitner og sakkyndige, men kan ikke pålegge noen å gi forklaring.”* For mistenktes del har dette bakgrunn i at ingen skal tvinges til å forklare seg mot seg selv. (se kap.6).

Selv om mistenkte nekter å forklare seg, kan politiet kreve at han oppgir navn og fødselsdato, jf. straffeloven(str.) § 333. En kan spørre seg om en utlendinger i alle saker er forpliktet til å oppgi riktig navn til politiet. I flere utlendingssaker vil spørsmålet være om vedkommende har oppgitt riktig identitet. Dersom utlending under straffetrussel tvinges til å oppgi sin sanne identitet kan det tenkes at tvangen er i strid mot vernet om selvinkriminering.

Mistenkte skal gjøres kjent med at han ikke plikter å forklare seg, jfr. strpl. § 232 1.ledd. Her heter det:

*”Før det foretas avhør av mistenkte skal han gjøres kjent med hva saken gjelder og at han ikke har plikt til å forklare seg.”*

---

<sup>56</sup> Ot.prp. nr. 46 (1986-1987)

<sup>57</sup> Utlendingsrett 2004 s.472

Et spørsmål er om manglende politiforklaring kan brukes mot den mistenkte. Dette går ikke frem av loven, i motsetning til ved sak for retten der siktedes mangel på forklaring kan brukes mot han, jf. strpl. § 93. I praksis er det grunn til å tro at dersom utlendingen nekter å forklare seg vil politiet trekke konklusjoner. Men ut ifra objektivitetsplikten skal ikke dette medføre noen problemer for utlendingen.

På samme måte som i utlendingssaker har den mistenkte en møteplikt, jfr. § 230 2. ledd:

*”Selv om et vitne ikke har forklaringsplikt etter første ledd, plikter vitnet etter innkalling å møte på politistasjon eller lensmannskontor i det politidistrikt hvor han bor eller oppholder seg for å avklare om han er villig til å forklare seg for politiet. Det samme gjelder for mistenkte.”*

Det er avgjørende for politiets arbeid at mistenkte har en møteplikt. Selv om utlendingen i utgangspunktet ikke har tenkt å forklare seg, kan han endre mening etter å ha vært i samtale med politiet. Samtidig er det av stor betydning at politiet får registrert at mistenkte er tilgjengelig, og at han kommer og oppgir sin identitet.

Dersom utlendingen får status som siktet har han også plikt til å møte i retten etter strpl. § 85, men heller ikke for retten foreligger noen forklaringsplikt, jf. strpl. § 90.

## 5.2 Hvordan skille mellom en forklaring i forvaltningssaken og i straffesaken?

Politiet opptar begge typer forklaringer, og siden reglene er svært forskjellige er det meget viktig at de er bevisst på om forklaringen er en del av en straffesak eller om den er en del av en forvaltningssak. Som det fremgår overfor lar ikke plikten til å forklare seg sannferdig etter utlendingsloven forene med retten til å nekte å forklare seg etter straffeloven. Dette medfører at man ikke kan ta opp en forklaring som skal brukes i begge sammenhenger.

Forskjellen mellom avhør og forklaring går tydelig frem av Utlendingsforskriften § 54 og påtaleinstruksen § 8-1. I § 54 fremgår det at utlendingen skal gjøres kjent med at å gi uriktige opplysninger medfører straffeansvar, mens det i påtaleinstruksen heter at mistenkte skal gjøres kjent med at han ikke plikter å forklare seg. Dersom man følger disse reglene nøye vil det ikke by på nevneverdige vanskeligheter å skille de to.<sup>58</sup>

### 5.3 Rettspolitikk

Bør reglene om forklaringsplikt være sammenfallende enten det dreier seg om en forvaltningssak eller en straffesak. Som jeg har vært inne på tidligere kan en utlendingssak medføre like alvorlige reaksjoner som en straffesak. Dette taler for at det ikke bør være en plikt til å fortelle sannheten i utlendingssaken. Imidlertid vil det være en umulig oppgave for myndighetene å føre kontroll med innvandringen dersom man ikke kan pålegge utlendinger å forklare seg sannferdig.

Et annet moment er at de forhold som leder til straffesak ofte er mer alvorlig enn de sakene som "bare" blir behandlet forvaltningsrettslig. Det vil være viktigere å beskytte utlendingen under etterforskning, som kan være et alvorlig inngrep i utlendingens privatliv.

Likevel er det flere ting som taler for at regelen bør være lik. Likheter kan gjøre det enklere for utlendingen å forstå loven, og politiet vil spare ressurser ved at de kan ta opp begge forklaringene samtidig.

Jeg mener imidlertid det mest hensiktsmessige er å beholde reglene slik de er, da dette best balanserer hensynet til utlendingens rettsikkerhet og hensynet til at myndighetene skal kunne bedrive forsvarlig innvandrerkontroll.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> Utlendingsrett 2004 s.475

<sup>59</sup> Rettspolitikken på dette området har mye til felles med den i punkt 6.3

## 6 Kan forklaring fra forvaltningssaken brukes i straffesaken?

### 6.1 Generelt

Hvor det foreligger et brudd på utlendingsloven, som utløser en straffesak, vil det ofte foreligge en eller flere relevante forklaringer for forvaltningen.<sup>60</sup> Spørsmålet blir da om det er adgang til å benytte forklaringer avgitt i forvaltningssaken som bevis under straffesaken.

Sentralt i norsk prosessrett står prinsippet om umiddelbar bevisføring. Umiddelbar bevisføring innebærer at bevisene skal føres direkte for den rett som dømmer i saken.<sup>61</sup> En viktig side ved prinsippet er kravet til muntlighet, som for hovedforhandlingen er lovfestet i strpl. § 278. Dersom man ønsker å lese opp forklaringen fra forvaltningssaken i straffesaken, vil dette stride mot muntlighetsprinsippet. Muntlighetsprinsippet innebærer at både vitner og parter skal forklare seg muntlig for retten. Bakgrunnen for dette er at det er lettere å vurdere sannferdigheten i en forklaring når retten kan se hvordan den tiltalte eller vitnet oppfører seg under forklaringen. Dessuten har retten en adgang til å stille kontrollerende spørsmål. Unntatt fra muntlighetsprinsippet er nøytrale og ukontroversielle opplysninger.

Reglene er forskjellige alt ettersom det er siktedes eller et vitnes forklaring som ønskes benyttet.

### 6.2 Vil bruk av mistenktes forvaltningsrettslige forklaring i en straffesak være i strid med vernet mot selvinkriminering?

Hvorvidt bruk av forvaltningsforklaringen i en straffesak er i strid med selvinkrimineringsvernet vil kunne få forskjellig utfall alt etter hva slags bruk det er snakk om. Det stiller seg forskjellig alt ettersom i hvilken sammenheng forklaringen er gitt, og om forklaringen brukes under etterforskningen eller under rettsforhandlingene.

---

<sup>60</sup> Utlendingsrett 2004 s.484

<sup>61</sup> Hov, Rettergang 1 (1999) s.205

Problemstillingen er om en forklaring for forvaltningen er tvunget fram under trussel om straff, slik at utlendingen dermed bidrar til å inkriminere seg selv, jf. vernet mot selvinkriminering i EMK art. 6.

Vernet mot selvinkriminering er en del av retten til rettferdig rettergang (fair trial), og er en viktig del av domstolenes oppgave med å sikre individer mot overgrep fra statens side.<sup>62</sup>

Dette viktige menneskerettslige prinsipp er nedfelt i den Europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 6 og i FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 14.

EMK artikkel 6 fastslår at enhver som blir siktet for en straffbar handling har rett på en rettferdig rettergang. I dette innfortolkes prinsippet om vernet mot selvinkriminering. Dette er fastslått av Den Europeiske Menneskerettsdomstolen i saken *Funke v France* (A.256-A 1993) og senere gjentatt i *John Murray v UK* (1996 22 EHRR 29)<sup>63</sup>. Bakgrunnen for vernet mot selvinkriminering er at ingen skal tvinges til å vitne mot seg selv.

Saksforholdet i Funke mot Frankrike var som følger: Myndighetene foretok husundersøkelser og beslagla dokumenter hos Funke som var mistenkt for overtredelse av valutalovgivningen. Etter dette påla myndighetene Funke å fremlegge ytterligere dokumenter, men han nektet. Nektelsen medførte at han ble pålagt å betale dagmulkt. Domstolen mente at myndighetene hadde prøvd å få Funke til å skaffe beviser for handlinger de mente han selv hadde begått. Strasbourg-domstolen ga Funke medhold i påstanden om at hans rett til "fair trial" var krenket. Det var ikke adgang til å gripe inn i retten til å forholde seg taus, eller til å bidra til egen domfellelse. Dommen er spesielt interessant for å avgjøre på hvilket tidspunkt i straffesaken vernet mot selvinkriminering slår inn. Det er vanskelig å forstå om EMD mener at det ikke er nødvendig at det er innledet etterforskning for å bli ansett som "charged", all den tid Funke ikke var siktet etter fransk rett da dokumentbegjæringen fant

---

<sup>62</sup> Rehof og Trier 1990 s.139

<sup>63</sup> Mowbray 2001s.294

sted. Eller mener EMD at en person ikke kan straffes for å inkriminere seg selv, uavhengig av om det foreligger en siktelse eller ikke?

I norsk rettspraksis har ikke Funkeavgjørelsen vært ansett som et tilstrekkelig argument for at EMK art. 6 forbyr opplesninger av forklaringer i straffesaker. I Bølgepappkjennelsen Rt 1994 s.610 ble dette behandlet. Saken gjaldt ulovlig prissamarbeid mellom bølgepappprodusenter, og særlig om forklaringer som var gitt til prismyndighetene måtte avskjæres som bevis. Her hevdet førstevoterende at saksforholdet i Funkesaken skiller seg i stor grad fra saker om opplesning av forklaring. I kjennelsen heter det også: ”Jeg forstår avgjørelsen slik at det domstolen direkte tok standpunkt til, var selve bøteleggelsen av Funke for å tvinge ham til å etterkomme fremleggelsespåbudet”. I følge førstevoterende i bølgepappkjennelsen vurderte ikke EMD om bruken av dokumentene som bevis var konvensjonsstridig. På bakgrunn av dette kan en si at EMK art. 6 ikke kan forstås som en absolutt regel mot å lese opp dokumentbevis.

### 6.2.1 Framtvunget forklaring

Når forklaring i en utlendingssak er gitt i forbindelse med en eventuell iverksetting av en negativ reaksjon, som for eksempel utvisning eller tilbaketrekning av tillatelse, vil ofte utlendingen kunne ha mye å oppnå ved å holde tilbake informasjon eller lyve. For å avgjøre om det er tilgang til å benytte forklaringen fra forvaltningssaken i straffesaken, er det naturlig å ta utgangspunkt i de reglene i straffeprosessloven som omhandler opplesning og gjengivelse av tidligere forklaringer. I henhold til strpl. § 290 kan det bare leses opp gjengivelse i rettsbok eller tidligere forklaringer gitt i saken, dersom disse er i strid med senere forklaringer.

Først må en ta stilling til om politiforklaringen som ønskes lest opp er gitt i saken. I Bølgepappkjennelsen uttaler Høyesterett at ”i anledning saken”<sup>64</sup> forutsetter at forklaringen er gitt etter at det er innledet straffesak. I kjennelsen var det avgjørende at behandlingen i forvaltningen, her Prisdirektoratet, avdekket lovovertredsene. Dette var tilstrekkelig til at

---

<sup>64</sup> Strpl. § 290 if.

forklaringen kunne anses å være gitt i saken. Det er grunn til å forstå dette slik at det samme vil gjelde i en utlendingssak.

Videre må en vurdere om en skal tillate opplesning av en forklaring fra forvaltningssaken, fordi den er i strid med en forklaring fra straffesaken. Dette kan ofte være tilfelle i utlendingssaker, og i utgangspunktet skulle det da være tillatt å lese opp forklaringen. Imidlertid, som det går frem av forklaringen ovenfor, må reglene suppleres av konvensjonsbestemmelsene i art 6.

I *Saunders v UK* (1996 EHRR 319), ble det fastslått at bruken av utenomrettslige forklaringer i en straffesak er i strid med vernet mot selvinkriminering. Saksforholdet her var at Saunders hadde avgitt flere forklaringer til inspektører i forbindelse med at han var mistenkt for økonomisk kriminalitet. Utdrag av hans svar til inspektørene ble senere opplest i straffesaken mot ham. Saunderssaken er relevant fordi han hadde en straffesanksjonert plikt til å forklare seg for inspektørene. Ettersom han risikerte straff dersom han ikke forklarte seg sannferdig, må forklaringen kunne sies å være avgitt under en sterk grad av tvang.

Domstolen kom frem til at det avgjørende var hvordan tidligere forklaringer ble brukt som bevis under straffesaken. Opplesning av utsagn som talte for at tiltalte var uskyldig, kunne også være selvinkriminerende dersom de ble brukt for å svekke vedkommendes troverdighet. Saunders forklaringer ble opplest for juryen i tre dager i den hensikt å vise at han var uærlig. Forklaringene ble oppfattet som en form for tilståelse, og påtalemyndigheten la stor vekt på disse. Domstolen la også vekt på at det viktige var å beskytte mistenktes rett til å forholde seg taus, ikke å hindre at man tar i bruk andre bevis som er fremskaffet ved tvang, for eksempel urin- og blodprøver.

Plikten til å forklare seg i utlendingssaker er også straffesanksjonert, og det blir derfor også her en stor grad av tvang. I straffesaken vil det være av stor betydning hva som er resultatet av forvaltningssaken. Dersom utfallet er en negativ reaksjon er det tvilsomt om forklaringen kan brukes.



### 6.2.2 Forklaringer avgitt i forbindelse med søknad om opphold eller asyl

Dersom forklaringen er gitt i forbindelse med søknad om opphold eller asyl, har vedkommende utlending avgitt en mer frivillig forklaring enn dersom forklaringen er avgitt for eksempel i forbindelse med et utvisningsvedtak. Problemstillingen blir derfor om frivillige forklaringer faller inn under vernet mot selvinkriminering. Det er ikke avgjort i rettspraksis hvorvidt vernet mot selvinkriminering kan hindre en frivillig forklaring fra å bli brukt i en straffesak. Det er allikevel spesielt en sak for EMD som går inn på dette, *Lorelie Staines v UK*.

Lorelie Staines hadde selv og på eget initiativ levert en skriftlig redegjørelse til Department of Trade and Industry i forbindelse med at hun var mistenkt for ulovlig innsidehandel.

EMD kom frem til at forklaringen ikke var avgitt under tvang, og at dette ikke var i strid med kravet om rettfærdig rettergang. Avgjørelsen indikerer at bruk av frivillige forklaringer, som er avgitt i en situasjon hvor forklaringen kunne vært tvunget fram, ikke nødvendigvis er strid med vernet mot selvinkriminering<sup>65</sup>

Slik det går frem av Lorelie Staines saken blir det avgjørende for å fastslå om forklaringen kan brukes i en straffesak hvorvidt den er gitt under tvang. Ved søknad om opphold eller asyl tar utlendingen selv kontakt med myndighetene. Da gir vedkommende frivillig de opplysningene han eller hun mener er relevante for å få innvilget sin søknad. Å true med forklaringsplikten er sjelden nødvendig. Utlendingen er interessert i å få forklart hvorfor han eller hun skal få opphold eller asyl. Men, i likhet med Lorelie Staines saken, har man i forbindelse med oppholds- og asylsaker, anledning til å tvinge frem en forklaring.

Hensynet til rimelighet kan tilsi at dersom utlendingen er klar over sin sannferdighetsplikt og sin forklaringsplikt, vil dette i praksis være tvang. Det er nok imidlertid lite trolig at utlendingen i forbindelse med en slik sak vil trekke frem noe som kan tyde på at han har

---

<sup>65</sup> Utlendingsrett 2004 s. 486

deltatt i en handling i strid med norsk lov. Han er jo interessert i å oppnå det gode en oppholdstillatelse eller innvilget asyl er, og det vil derfor være lite gunstig å komme trekkende med slik informasjon.

### 6.2.3 Bruk av forklaringen under etterforskningen

Kan det tenkes at det er adgang til å bruke forklaringen fra forvaltningsavhøret under etterforskningen av straffesaken? Utgangspunktet er at den mistenkte kan nekte å forklare seg under etterforskningen, jf. strpl. § 232, 1. ledd. For å komme videre i etterforskningen kan det være ønskelig at politiet skal kunne konfrontere mistenkte med forklaringen fra forvaltningssaken. Ettersom man ikke kan tvinges til å kommentere forklaringen under etterforskningen, og forklaringen heller ikke kan brukes som bevis under rettsforhandlingene er dette ikke i strid med prinsippet om selvinkriminering.

Spørsmålet videre er om det er i strid med selvinkrimineringsvernet hvis det kommer frem under rettsaken at tiltalte under etterforskningen nektet å kommentere forvaltningsforklaringen. EMD fastslo i *John Murray v UK* at dette ikke er å regne som selvinkriminering. Bakgrunnen er at utlendingen ikke befinner seg i en tvangssituasjon når han bes om å kommentere den tidligere forklaringen.

### 6.2.4 FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter artikkel 14

FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter(SP) er en utvidelse av de rettighetene som fremgår av FNs menneskerettighetserklæring.<sup>66</sup> Artikkel 14 kan anses som en utvidelse av retten til fair trial i erklæringen. Artikkel 14 tilsvarer EMK art 6, i denne sammenheng er det grunn til å tolke disse reglene til å innebære det samme. Jeg vil derfor ikke behandle regelen i SP ytterligere.

## 6.3 Kan andres forvaltningsrettslige forklaringer brukes som bevis?

Problemstillingen her er hvorvidt forklaringer fra andre enn utlendingen selv kan brukes i en straffesak. Er det adgang til å lese opp forklaringer som er avgitt til forvaltningen? I

---

<sup>66</sup> Smith 2003 s. 49

forbindelse med straffesaken vil det kunne være aktuelt å innkalle vitner som på ett eller annet tidspunkt har avgitt en forklaring til forvaltningen. Her må det være klart at det ikke er snakk om selvinkriminering, all den tid vernet mot dette bare omfatter den som er utsatt for en anklage i en straffesak, ”*criminal charge against him*”.

### 6.3.1 Retten til å forsvare seg

Det er imidlertid flere andre begrensninger for hvordan en forklaring avgitt i en forvaltningssak kan brukes som vitnebevis i en straffesak. For det første vil det i straffesaken være et krav om kontradiksjon. Kravet til kontradiksjon innebærer at den som er siktet for en straffbar handling skal ha rett til å uttale seg, og forsvare seg, mot bevisene som blir ført ved å eksaminere de vitner som påtalemyndigheten fører.<sup>67</sup> Dette blir hindret dersom en nøyer seg med å lese opp vitnets forklaring fra forvaltningssaken.

I norsk rett er det fastslått en viss adgang til opplesning av vitneforklaringer. Spørsmålet er i hvilken grad dette gjelder forklaringer politiet tar opp i forbindelse med utlendingssaker.

I henhold til strpl. § 297 kan politirapporter leses opp dersom direkte avhør av vitnet vil by på en uforholdsmessig ulempe. En slik uforholdsmessig ulempe kan det være dersom vitnet ikke lenger befinner seg i Norge, og opplesning av politiforklaringen er det eneste mulige vitneutsagnet man kan få. Dette taler for at slike forklaringer bør kunne leses opp i straffesaken.

Det bare forklaringer vitnet har gitt ”i saken” som kan leses opp, jf. strpl. § 297. For å avgjøre om den er gitt i saken må en vurdere i hvilken sammenheng politiet har opptatt forklaringen. Eksempelvis kan det tenkes at man ønsker å benytte seg av utsagnet fra en tidligere asylsøker. Dersom denne personen fikk avslag vil han ikke befinne seg i Norge, og det vil være umulig å bruke han som vitne. Har denne personen kun forklart seg i forbindelse med sin egen asylssøknad, og opplysninger som kom opp i den forbindelse er relevante for straffesaken, kan en stille seg spørrende til om det i det hele tatt dreier seg om

---

<sup>67</sup> Hov, Rettergang 1 (1999) s. 76

en politirapport. Her er forklaringen gitt til politiet som forvaltningsorgan, og ikke som del av de arbeidsoppgavene man i større grad forbinder med politiet. Jeg vil derfor konkludere med at dersom påtalemyndigheten ønsker å få opplest en forklaring som bare gjelder en annens person søknad om opphold i landet, kan ikke dette dreie seg om en forklaring som er gitt i saken.

Hvor et sentralt vitne har uttalt seg om det straffbare forholdet i en parallell forvaltningssak stiller det seg annerledes. Her må det være rimelig klart at forklaringen er gitt i forbindelse med saken. Ettersom det er politiet som har foretatt ”avhøret” i forvaltningssaken, må det dreie seg om en politirapport. Befinner ikke dette vitnet seg lenger i Norge, må en kunne si at muntlig avhør ikke er mulig, og forklaringen må derfor kunne oppleses under straffesaken.

Det er ikke noe krav om at tiltalte benytter seg av adgangen til kontradiksjon. Det finnes flere måter kontradiksjon kan sikres på forut for rettsforhandlingene. At det er adgang til å oppta bevis utenom hovedforhandling fremgår av strpl. § 270, 1.ledd. Dersom det er klart at et muntlig avhør foran retten ikke er mulig, kan man foreta et rettslig avhør av vitnet under etterforskningen av saken. Dette vil også være med på å sikre en sannferdig forklaring, all den tid vitner har forklaringsplikt for retten, men ikke for politiet. Ved slike bevisopptak er det krav om at tiltalte skal ha rett til å møte sammen med forsvarer, jf. strpl. §§ 243 og 97.

Politiet kan også i såkalte hastesaker være nødt til å gjennomføre utenrettslige bevisopptak. Dette er det adgang til så lenge avhøret gjennomføres på samme måte som i retten, med siktede og hans advokat til stede.<sup>68</sup>

---

<sup>68</sup>Utlendingsrett 2004, s.483

Kravet til kontradiksjon fremgår også av EMK art 6, 3.ledd bokstav d. Alle har rett til ”*examine or have examined witnesses against him*”. Praksis fra EMD konkluderer med at art. 6 ikke er krenket dersom en tar hensyn til tiltaltes rettigheter under opplesningen. Et eksempel på at EMD ikke godtok opplesning av politiforklaring er *Unterpertinger v. Østerrike* fra 1986. En mann var tiltalt for legemskrenkelse mot sin kone og stedatter. De benyttet seg av sin rett som familiemedlemmer til ikke å vitne i straffesaken. Retten tillot opplesning av deres politiforklaringer. Strasbourgdomstolen kom til at opplesningen i straffesaken var i strid med kravet til ”fair trial” i art. 6, ettersom klageren ikke fikk avhørt dem om forklaringene, og da ikke hadde muligheten til å trekke deres troverdighet i tvil. Det avgjørende for EMD var at domfellelsen i det vesentlige bygde på politiforklaringene.

Praksis fra EMD viser at dersom en politiforklaring utgjør det avgjørende beviset, ansees bevisførselen som en krenkelse av art 6, 3. ledd bokstav d.<sup>69</sup> Ett eksempel på dette er *Delta v. Frankrike*(1990). Klageren var domfelt for å ha stjålet et gullkjede. Jenta som eide kjedet og hennes venninne var innkalt som vitner, men møtte ikke. Politiforklaringene deres ble opplest, og det forelå ingen andre bevis.

Vitneutsagn fra personer som har forlatt Norge kan ofte være eneste bevis i saker mot utlendinger, og i henhold til EMD vil dette medføre at forklaringen ikke kan leses opp under hovedforhandlingene.

På bakgrunn av dette kan en fastslå at kravet til kontradiksjon i stor grad begrenser adgangen til å lese opp politiforklaringer.

### 6.3.2 Personer som helt eller delvis kan nekte å forklare seg

Det vil ofte være slik at de aktuelle forklaringene er fra personer som enten er nærstående eller i annet avhengighetsforhold til siktede. I henhold til strpl. § 122 er nærstående til

---

<sup>69</sup>Møse 2002 s.383

mistenkte absolutt fritatt fra vitneplikt. Dette omfatter ” *Siktedes ektefelle, slektninger i rett opp- eller nedstigende linje, søsken og like nær besvogrede...* ” i tillegg kommer besvogredes ektefelle, fraskilte og tidligere eller nåværende samboer, jf. § 122, 2. ledd. I andre tilfeller er det et skjønnsspørsmål hvorvidt noen skal ilegges forklaringsplikt for retten. I følge strpl. § 122, 3. ledd kan retten fritta ”*forlovede, fosterforeldre, fosterbarn eller fostersøsken*” fra plikten til å vitne.

Hensynet bak reglene om fritak for vitneplikt er at vitnet ikke skal tvinges til å komme med opplysninger som vil skade noen av hans nærmeste. Det vil være vanskelig for tiltalte å forklare seg negativt om personer han bryr seg om. Det er derimot ikke sikkert at han har dette behovet for å beskytte sine nærmeste. I Rettergang 1 skriver Hov: ”Hvis vitnet selv ikke opplever noen samvittighetskonflikt ved å forklare seg, er begrunnelsen for fritaksrett ikke lenger til stede.”<sup>70</sup>

Det forekommer også relative fritaksgrunner. Etter strpl. § 123 kan andre enn de som er nevnt i § 122 nekte å svare på enkelte spørsmål dersom ”*svaret vil kunne utsette vitnet eller noen det står i slikt forhold til som nevnt i § 122 første eller ledd, for straff eller tap av borgerlig aktelse.*” Relative fritaksgrunner vil si at retten må foreta en konkret vurdering av hvilke følger som eventuelt kan inntreffe dersom vitnet svarer på bestemte spørsmål. I Rt. 1995 s. 289 ble det fastslått at strpl. § 123 ikke innebar noen alminnelig fritakelse for vitneplikt, men en adgang til å nekte å besvare enkelte spørsmål. Dette vil kunne være aktuelt i utlendingssaker dersom vitnet selv har deltatt i den ulovlige handlingen, for eksempel dersom vitnet i en sak om menneskesmugling er en av de som ble smuglet. Å bli utsatt for straff vil si at det er nye opplysninger som kan komme frem i vitneavhøret. Dreier det seg om forhold påtalemyndighetene kjente til fra før, er ikke vitnet fritatt fra å svare, jf. Rt. 1995 s. 1980.

---

<sup>70</sup> Hov Rettergang 1 (1999) s. 212

I tap av borgelig aktelse ligger det at en persons omdømme blir skadet, fordi det kommer fram opplysninger som for eksempel svekker vedkommendes troverdighet. Tap av borgerlig aktelse omfatter også vesentlig skår i omdømme.<sup>71</sup>

## 6.4 Rettspolitikk

Bør det være større anledning til å bruke forklaringene om hverandre?

Som det går frem av punktene ovenfor er det en relativt begrenset adgang til å bruke forklaringer i straffesaken, og forklaringen i forvaltningssaken om hverandre. Kan det tenkes at det burde være større muligheter for dette?

Hensynet til effektivitet tilsier at en slik dobbeltbruk burde være mulig. Det er svært ressurskrevende for politiet å måtte oppta to ulike forklaringer om det samme forholdet. Spesielt i små politidistrikter vil dette være et problem der det ofte kan være mangel på ressurser.

Det er også økonomiske grunner til at en forklaring burde være tilstrekkelig. Å ta opp forklaringer av utlendinger er spesielt kostbart siden vedkommende har krav på tolk, jf. utl. § 33, 2. ledd og påtaleinstruksen §2-8.

Utlendingssaker er ofte hastesaker siden personen det gjelder kan forlate landet. Dette medfører at politiet i mange saker kan være under stort tidspress. Dersom man kunne nøye seg med å ta opp en forklaring, kunne en spare verdifull tid.

Uskyldspresumpsjonen taler for at politiet skal oppta ta separate forklaringer. Presumpsjonen innebærer at enhver skal anses som uskyldig inntil det motsatte er bevist. Dette henger tett sammen med vernet mot selvinkriminering. Uskyldspresumpsjonen har hjemmel i EMK art. 6, 2. ledd:

---

<sup>71</sup> Hov, Rettergang 1 (1999) s. 215

*”Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.”*

Presumpsjonen hovedtanke er at rettens medlemmer ikke skal være forutinntatt om den tiltaltes skyld.<sup>72</sup> Derfor innebærer den også en bevisbyrderregel: Enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode.<sup>73</sup> Det kan tenkes at tiltalte ikke får fordelene av tvil da en tidligere forklaring i stor grad kan påvirke rettens syn på ham.

Et annet argument for at det skal tas opp to forskjellige forklaringer er at en person vil forholde seg annerledes i et avhør enn ved en forklaring. Sjansen for at opplysningene som kommer frem medfører riktighet er trolig større i forvaltningssaken enn i straffesaken. Under et avhør vil trolig utlending føle en større grad av press.

Det er også sannsynlig at politiet vil være mer forutinntatt under et avhør enn ved en utlendingssak, siden etterforskning forutsetter at det skal foreligge en mistanke om noe straffbart.

På bakgrunn av dette vil jeg si at det er viktig å skille forklaringene i forvaltningssaken og straffesaken fra hverandre. Når en tiltalt kommer i retten bør han gis muligheten til å starte med blanke ark slik at dommen står i forhold til hva som har kommet frem i selve rettsaken, og ikke i en tidligere forvaltningssak.

---

<sup>72</sup>Rehof og Trier 1990 s.166

<sup>73</sup>Møse 2002 s. 366



## 7 Bruken av tvangsmidler

### 7.1 Generelt

Utlendingsloven har egne bestemmelser om tvangsmidler. Utlendingsloven åpner for pågripelse, fengsling, ransaking og beslag. Disse kommer i tillegg til de tvangsmidlene som straffeprosessloven hjemler. De materielle vilkårene for bruk av tvangsmidler etter utlendingsloven er ikke sammenfallende med vilkårene i straffeprosessloven. Det er to hovedgrunner til at politiet kan iverksette bruk av tvangsmidler etter utlendingsloven. For det første vil det kunne lette politiets arbeid med å fastslå utlendingens identitet, og hvor han kommer fra. Dessuten kan bruk av tvangsmidler sikre iverksettingen av et negativ vedtak, det vil si et vedtak som pålegger utlendingen å forlate riket.

#### 7.1.1 Tvangsmidler i identifiseringshensikt

Utlendingen har etter utl. § 37, 1.ledd en plikt til å medvirke til at hans identitet blir klarlagt. Spørsmålet her er hvilke tvangsmidler politiet kan bruke for å avgjøre identitet og reiserute, og hvilke materielle vilkår som må være oppfylt for å iverksette tvangsmidlene. Lovens system er at de materielle vilkårene blir strengere jo mer inngripende tvangsmidlene er.

I henhold til utl. § 37, 2.ledd første punktum kan det fra påtalemyndighetenes side besluttes *”beslag av reisedokumenter, billetter og annet som kan bidra til å avklare identiteten.”* Beslag besluttes av påtalemyndighetene, jfr. § 37a, 1.ledd, men dersom det er fare ved opphold kan beslag foretas av polititjenestemann, jfr. 2.ledd. Hvilke opplysninger som politiet eller påtalemyndighetene kan foreta beslag for å skaffe til veie, går frem av utf. §128. Paragrafen fastsetter en plikt både til å gi de opplysninger som trengs for å gjøre rede for identiteten, og å dokumentere at disse opplysningene er korrekte, jfr. § 128, 1.ledd bokstavene b-g.

Videre kan det foretas *”undersøkelse av utlendingens person, bolig, rom eller annet oppbevaringssted”*, for å klargjøre utlendingens identitet, jf utl. § 37, 3. ledd. I disse tilfellene må flere materielle vilkår være oppfylt. For det første må det foreligge en

situasjon der utlendingen plikter å medvirke til å klarlegge sin identitet, og utlendingen må være gitt et pålegg om å komme med opplysninger. Dette materielle vilkåret medfører ingen problemer siden utlendinger som oppholder seg i Norge er forpliktet til å bidra med identitetsopplysninger i den grad utlendingsmyndighetene krever det.<sup>74</sup> Derneft må opplysningene som søkes omfattes av utf. § 128, det vil for eksempel gjelde opplysninger om navn, nasjonalitet, fødselsdato, sivilstatus o.l. For det tredje må det foreligge ”*skjellig grunn til mistanke*” om at utlendingen aktivt skjuler sin identitet. Med skjellig grunn til mistanke menes en objektiv basert sannsynlighetsovervekt. Det må være mistanke om at det er gitt positivt uriktige opplysninger, at opplysningene er mangelfulle eller at det foreligger forhold som det ikke er gitt opplysninger om. Kravet må være at det foreligger ytre konstaterbare omstendigheter som tilsier at utlendingen ikke forklarer seg sannferdig. Dersom det skal foretas undersøkelser etter 3. ledd, skal utlendingen gi et skriftlig samtykke, § 37b, foreligger ikke dette skal beslutning om ransaking treffes av retten.

Etter utl. § 37,4. ledd kan det tas fingeravtrykk og fotografi av utlending som oppfyller kriteriene etter bokstavene a-d. I henhold til forarbeidene<sup>75</sup> sikrer regelen at en kan dokumentere om utlendinger har fått asyl eller ikke, og identifisering av de som er bortvist eller utvist, og som oppholder seg ulovlig i Norge.

Utl. § 37, 7.ledd pålegger utlendingen meldeplikt eller bestemt oppholdssted. For å kunne pålegge meldeplikt eller bestemt oppholdssted må utlendingen nekte å oppgi sin identitet, eller det må være ”*skjellig grunn til mistanke*” om at han oppgir falsk identitet. Hva ligger i kravet til skjellig grunn til mistanke? Det må foreligge en viss sannsynlighet for at utlendingen skjuler sin identitet. I rettspraksis og teori er det diskutert hvorvidt dette betyr at det må foreligge en sannsynlighetsovervekt. Spørsmålet er så vidt jeg vet, ikke avklart. Dessuten må sannsynligheten være objektiv, noe som altså vil si at mistanken er ”begrunnet i omstendigheter som erfaringsmessig skaper sannsynlighet for at siktede har

---

<sup>74</sup> Utlendingsrett s.527

<sup>75</sup> Ot. prp. nr 46 (1986-1987) s. 144 flg.

begått handlingen.”<sup>76</sup> Det er først dersom et slikt pålegg ikke overholdes at en utlending kan pågripes og fengsles etter utlendingsloven.

Pågrepelse og fengsel etter utlendingsloven er hjemlet i utl. §§ 37, 7.ledd 2. punktum jf. 37a og 37c. Bestemmelsen stiller to materielle krav. For det første må utlendingen nekte å etterkomme pålegg om å oppgi identitet. For det andre må det foreligge skjellig grunn til å tro at den identiteten som blir oppgitt er falsk. Skjellig grunn må forstås på samme måte som i strpl. § 171, det vil si at det fremstår som mest sannsynlig at opplysningene ikke medfører riktighet. Politiet avgjør etter skjønn om det foreligger skjellig grunn til å mistenke at opplysningene utlendingen gir er feilaktige. Man må også foreta en forholdsmessighetsvurdering. Dette fremgår ikke direkte av § 37, men av § 37c, 3.ledd siste punktum hvor det fremgår at strpl. § 170a gjelder så langt det passer. § 170a fastslår at tvangsmidler bare skal benyttes når det er ”*tilstrekkelig grunn til det*”. Vurderingen av forholdsmessigheten tilsvarende den som skal foretas etter § 41 (se nedenfor).

### 7.1.2 Tvangsmidler ved iverksetting av negativt vedtak

Reglene om iverksetting av negativt vedtak fremgår av utl. § 41. Dersom det foreligger vedtak som medfører at utlendingen må forlate riket pålegger utl. § 41, 1. ledd utlendingen enten å reise umiddelbart eller innen en fastsatt frist. Spørsmålet blir hvilke tvangsmidler som kan iverksettes for å sikre at utlendingen forlater riket, samt hvilke materielle vilkår som må være oppfylt.

Utl. § 41, 3. ledd fastslår at for å sikre at vedtaket skal kunne iverksettes kan utlendingen pålegges meldeplikt, innlevering av legitimasjonspapirer og bestemt oppholdssted. Disse tvangsmidlene kan i følge fjerde ledd bare iverksettes dersom det er ”særlig grunn til å frykte at utlendingen vil undra seg iverksetting”. I henhold til § 41, 7. skal man i utgangspunktet benytte seg av tvangsmidlene i 3. ledd ved iverksetting av negative vedtak.

---

<sup>76</sup> Hov, Rettergang 2 (1999) s.49

Det er først dersom disse tvangsmidlene viser seg å være utilstrekkelige at strengere tiltak kan bli benyttet.

De mer inngripende tvangsmidlene er hjemlet i § 41, 5. ledd:

*”når det er nødvendig for å sikre iverksetting, kan utlendingen pågripes og fengsles etter reglene i § 37 c tredje ledd, jfr. § 37 d.”*

Bestemmelsen må sees i sammenheng med 8. ledd som fastslår at tvangsmidlene kan iverksettes før sak om negative vedtak er avsluttet. Praksis er at utlendingen ikke blir utsatt for tvangsmidler før en er rimelig sikker på at saken vil ende med at utlendingen må forlate landet. For at pågrepelse skal kunne finne sted må to krav være oppfylt. Det første er kravet til nødvendighet. Dette innebærer at det må være særlig grunn til å frykte at utlendingen vil undra seg iverksetting. Kravet til særlig grunn går ikke eksplisitt frem av 5. ledd, men dette er et krav for bruk av mindre inngripende tvangsmidler etter 4. ledd, og det er derfor naturlig å forstå det slik at dette også gjelder pågrepelse. Ved vurderingen av kravet til særlig grunn åpner paragrafen for at man kan legge vekt på generelle erfaringer.

I tillegg skal ikke utlendingen pågripes eller fengsles dersom dette er et uforholdsmessig tiltak, jfr. § 41, 7. ledd. Denne bestemmelsen tilsvarende strprl. § 170a. Først og fremst kan en tenke seg at det er uforholdsmessig å fengsle på grunn av forhold ved utlendingen selv. Det er for eksempel tilfelle dersom utlendingen er alvorlig syk. I tillegg skal forholdsmessighetsvurderingen ta hensyn til personer som er avhengig av vedkommende. Eksempelvis kan dette gjelde barn som utlendingen har den daglige omsorgen for. Et annet moment ved vurderingen er om det er noen mulighet for at politiet kan oppnå det de tilsikter med fengslingen. Det må være klart at prosessen med å sende utlendingen ut av landet er kommet et stykke på vei. Under forholdsmessighetsvurderingen vil de spesielle forhold som oppstår når utlendingen sitter i kirkeasyl, komme inn. I retningslinjer fra Kommunal- og regionaldepartementet fra 1999 fremgår det at politiet ikke skal hente ut personer som befinner seg i kirkerommet.

Er det etter en forholdsmessighetsvurdering gjort klart at utlendingen kan fengsles, vil han være i politiets forvaring til avreise. For mange vil dette i praksis si at de befinner seg ved et internat bare for utlendinger, som for eksempel på Trandum ved Gardermoen.

Politiet kan også foreta beslag av billetter for å sikre uttransportering av utlendingen. Dette går frem av utl. § 46, 1. ledd siste punktum. Utl. § 37,3. ledd hjemler ikke ransaking etter billetter, så det forutsetter at politiet kommer over dem på en annen måte, for eksempel i forbindelse med undersøkelser i identifikasjonshensikt, jf. § 37,2 ledd.

## 7.2 Kan politiet velge om de vil bruke staffeprosessuelle eller utlendingsrettslige tvangsmidler?

Dersom en utlendingssak pågår parallelt med en straffesak kan politiet ha dobbelt grunnlag for å iverksette tvangsmidler. Spørsmålet blir da om politiet må velge å benytte seg av bare det ene tvangsgrunnlaget, eller om de kan veksle mellom regelsettene. Det er ingen lovmessige hindringer for at myndighetene kan veksle mellom de ulike grunnlagene for bruk av tvangsmidler.

For eksempel kan en person bli fengslet fordi han er mistenkt for et brudd på straffeloven. Hvis det senere viser seg at politiet ikke kommer noen vei med etterforskningen kan de fengsle ham etter utlendingsloven dersom vilkårene er tilstede.

Hver gang politiet hevder et nytt fengslingsgrunnlag må begjæringen prøves av domstolene. En slik veksling mellom tvangsmidlene kan medføre at fengslingen blir langvarig. Fengslingen må imidlertid ikke være så langvarig at den blir uforholdsmessig.

En slik adgang til å veksle mellom forvaltningsrettslige og staffeprosessuelle tvangsmidler, forutsetter at politiet er klare på hvilket fengslingsgrunnlag de benytter til

enhver tid. Hvis ikke kan det oppstå misforståelser om at utlendinger kan fengsles lenger enn det er grunnlag for, fordi man skifter regelsett.

### 7.3 Rettigheter i forbindelse med bruk av tvangsmidler etter utlendingsloven

Når det blir iverksatt tvangsmidler mot en mistenkt i en straffesak får dette følger for hans status i saken. Spørsmålet er om iverksetting av tvangsmidler etter utlendingsloven også medfører en slik endring av status i en parallell straffesak. I henhold til strpl. § 82, 1.ledd får den som blir utsatt for tvangsmidler etter straffeprosessloven status som siktet. I siste del av første ledd går det frem at man får status som siktet også hvis det blir ”foretatt liknende forhåndsregler rettet mot han”. Vil tvangsmidler etter utlendingsloven være slike ”liknende forhåndsregler”? Rt. 1994 s. 423 fastslår at selv om fengsling etter utlendingsloven skal behandles etter strpl. § 175 flg., så innebærer ikke det at straffeprosesslovens øvrige regler kommer til anvendelse. Ut i fra dette kan man fastslå at selv om det i en forvaltningssak brukes midler som er svært like dem som brukes i straffeforfølgningen, så innebærer ikke det at en kan påberope seg de samme rettighetene som tilkommer en som er siktet.<sup>77</sup> Det vil derfor ikke være tilstrekkelig at det er iverksatt tvangsmidler mot utlendingen for at han skal få status som siktet.

### 7.4 Rettspolitikk

Bør det være adgang til å benytte tvangsmidler etter utlendingsloven?

Det er hensiktsmessig å skille tvangsmidlene alt etter hvor inngripende de er. For eksempel er det å ta fingeravtrykk og bilder etter § 37, 4. ledd et mildt tvangsmiddel. I Ot. prp. nr 46 fremgår det at utvalget mente at det ikke innebar tungtveiende betenkeligheter ut fra rettssikkerhetshensyn om en foretok slike undersøkelser, og det gir en effektiv mulighet for å fastslå utlendingens identitet.<sup>78</sup> Fotografi og fingeravtrykk er enkle identifikasjonsmidler, og det er heller ikke snakk om følsomme personopplysninger.

---

<sup>77</sup> Utlendingsrett 2004 s. 466

<sup>78</sup> Ot.prp.nr. 46 (1986-1987) s 144

Beslag av dokumenter etter § 37, 2.ledd er heller ikke et alvorlig tvangsmiddel. Dette kan være nødvendig siden mange forsøker å stikke unna bevis på identitet og reiserute.

Adgangen til å foreta slike beslag er lite betenkelig all den tid vi har et samfunn hvor mennesker forflytter seg over landegrensene i større og større grad.

Kan det tenkes at loven bør åpne for bruk av andre milde tvangsmidler? I NOU 2004:20 kommer utvalget frem til at dagens tvangsmidler bør opprettholdes, men de mener også at enkelte nye med fordel kan komme inn i loven. For identifiseringshensikt ønsker utvalget å få nedfelt adgangen til alderstesting. De ønsker også å lovfeste retten til å ta kopier av sentrale dokumenter asylsøkeren har, som kan bekrefte reiseruten.<sup>79</sup> Jeg mener at disse tvangsmidlene kan ha mye for seg, og at disse ikke på noen måte er så inngripende at utlendingen ikke bør utsettes for dem.

Tvangsmidler som fengsling og pågripelse kan være svært personinngripende. Dersom fengsling brukes i identifikasjonshensikt, brukes tvangsmidlet for å gi politiet tid til å få klarhet i utlendingens personalia. Utlendingen har trolig ikke følelsen av å ha begått et lovbrudd, men fengslingen kan allikevel innebære en stigmatisering som motvirker prinsippet om likebehandling og likevekt. Spørsmålet er om dette gir utlendinger en dårligere rettssikkerhet enn norske borgere? Det vil trolig virke svært urettferdig for en person som kommer til Norge om han blir pågrepet og fengslet uten å ha begått noe straffbart. Samtidig må vedkommende selv kunne stilles til ansvar for at han ikke vil oppgi hvem han er, og hvilken reiserute han har fulgt.

Når det gjelder iverksetting av negative vedtak blir situasjonen litt annerledes. Det er vanskelig å tenke seg at iverksetting ikke skal kunne følges opp med tvang. Dersom en ikke har muligheten til å sette vedtaket igjennom, vil vedtaket bare bli virksomt for dem som fulgte det frivillig.<sup>80</sup> Det er ikke vanskelig å forstå at dette vil være svært uheldig. En kan

---

<sup>79</sup> NOU 2004:20 s. 341

<sup>80</sup> Ot.prp.nr. 46 (1986-1987) s.33

også si at myndighetene har tatt hensyn til utlendingens vanskelige situasjon ved at de ofte tilbringer tiden sammen med andre utlendinger på dertil egnet sted, som for eksempel på Trandum. En kunne kanskje tenke seg andre tvangstiltak, som for eksempel dagbøter. Problemet er bare at utlendingene ofte har dårlig med midler og derfor uansett ikke vil kunne betale.

## **8 Hvilken reaksjon bør man velge, de lege ferenda**

Etter å ha behandlet spørsmålene ovenfor, synes jeg det er interessant ut i fra en rettspolitisk vinkel å vurdere hvilken reaksjon man bør ilegge en utlending. Bør man holde seg til en reaksjon, med andre ord enten straffe eller utvise? Eller er det bedre med et system der man kan velge en av reaksjonene, eller begge? Og dersom en finner det mest hensiktsmessig å ha muligheten til å velge, kan noe gjøres for å sikre at dette valget ikke bærer preg av tilfeldighet?

Både straffetrusselen og regelen om utvisning ved brudd på utlendingsloven kan, som nevnt ovenfor, ha en allmennpreventiv effekt. Imidlertid kan man spørre seg om man oppnår det ønskede resultatet? Det er hevdet at hvorvidt trusselen om straff, eller utvisning, er hensiktsmessig kommer an på typen lovbrudd. I de tilfellene der lovbryteren foretar et rasjonelt valg mellom fordelene av lovbruddet og sjansen for å bli tatt kan en slik trussel være hensiktsmessig.<sup>81</sup> Det er trolig at brudd på utlendingsloven, for eksempel ved ulovlig opphold, faller innen for den kategorien lovbrudd. På bakgrunn av dette vil jeg si at både straff og utvisning har gode ting for seg ved brudd på utlendingsloven.

Trolig må man skille mellom de utlendingene som har lovlig opphold i Norge, og de som ikke har det. Faren for utvisning utgjør ikke en trussel for dem som ikke har lovlig opphold i landet, og for denne gruppen blir derfor trusselen om straff ett viktig supplement.

---

<sup>81</sup> Kriminologi 1997



For å vurdere om man skal velge straff eller utvisning er det interessant å se på hvem som i utgangspunktet avgjør de ulike reaksjonene, dvs. foreta en vurdering av domstolenes kompetanse opp mot kompetansen til forvaltningen. Her blir det paralleller til vurderingen av om domstolen skal ta stilling til utvisningsspørsmålet. Domstolene vil ofte ha relativt liten spesialkompetanse på utlendingsrettens område. For eksempel kan det tenkes en utvisningssak der utlendingen hevder han ikke kan sendes til hjemlandet fordi han vil bli utsatt for forfølgning, jfr. utl. § 15. Bevisførselen i disse sakene kan være svært omfattende og kompliserte, og det vil være behov for den erfaringen og kompetansen som forvaltningen besitter. UDI vil i større grad enn domstolene kunne vurdere forholdene i andre land, da de allerede har et nødvendig apparat og kontaktnett.<sup>82</sup>

Det avgjørende er sannsynligvis at tilliten til domstolene ofte er større enn til utlendingsmyndighetene. Det vil kunne føles rimeligere at utlendingens forhold umiddelbart gjennomgår en utførlig domstolsbehandling, fremfor at det igangsettes en forvaltningssak. Hvis straff var den eneste mulige reaksjonen ved brudd på utlendingsloven mener jeg at dette ville øke rettssikkerheten for utlendinger. Dagens system imøtekommer dette delvis ved at utvisning og bortvisning også kan bli gjenstand for betryggende domstolsbehandling. For eksempel slo retten fast i Rt 1995 s. 72 at domstolene kan prøve utvisningsvedtak etter EMK art. 8<sup>83</sup>, og i Rt. 1998 s.1795 ble det fastslått at retten kunne prøve forholdsmessighetsvurderingen i utvisningssaker. Det er påpekt av departementet at ønsket om å styrke utlendingenes rettsikkerhet er et hovedhensyn bak utlendingsloven.<sup>84</sup> Dette går også frem av lovens formål som er nedfelt i utl. § 2.

Som nevnt i kap. 2.1.4 gir formålsparagrafen et argument for myndighetenes adgang til å utvise ved overtredelse av utlendingsloven. Det går frem av utl. § 2, 1.ledd at loven har til

---

<sup>82</sup> NOU 2004:20

<sup>83</sup> Uggerud 1996 s. 94

<sup>84</sup> Ot.prp.nr. 46 (1986-1987) s.7

formål å sikre myndighetenes ”*kontroll med inn- og utreise*”. Et spørsmål man kan stille seg er om det ville være mulig å innføre en konkret bestemmelse som fastsatte når overtredelse av utlendingsloven skulle medføre straff, bort- eller utvisning eller begge deler. Kunne dette for eksempel vurderes ut fra strafferammen i lovbudet? I denne sammenheng er det interessant å se på den danske ”Udlændingeloven” før endringene i 1998 og 1999. Reglene om utvisning i den danske loven var langt mer detaljerte og presise enn i den norske utlendingsloven. Her var det satt opp tydeligere rammer for hvilke lovovertridelser som kunne medføre utvisning. I motsetning til i Norge ga ikke loven en generell utvisningshjemmel for at utlendinger som overtrådte utlendingsloven skulle kunne utvises. Det stod i stedet konkrete regler som blant annet i udlændingeloven § 24, 5.ledd hvor det het at en utlending kunne utvises for å ha oppholdt seg ulovlig i Danmark. I tillegg til dette satte §§ 22-27 opp klare regler for hvilken strafferamme som krevdes for at en utlending skulle kunne utvises, som følge av at han hadde begått et lovbrudd. Jeg antar at dette også vil kunne bety overtredelser av utlendingsloven som var gjort straffbare etter §§ 59-62.

Ut i fra hvordan jeg forstår reglene i tidligere §§ 22-27 kunne ikke utlendingen i Danmark utvises som følge av straffbare forhold med mindre han var dømt for forholdet. På denne måten unngikk man problemet med å velge mellom straff og utvisning. Man måtte enten bare straffe eller straffe og utvise.<sup>85</sup> Det er mye av det samme som gjelder for dansk rett i dag. I utgangspunktet skiller man mellom de tilfellene der utlendingen oppholder seg ulovlig i Danmark, og der utlendingen kan utvises fordi han er dømt for kriminelle handlinger. En av grunnene til at en ønsket å endre på reglene fra utlendingsloven fra 1983 var at en ville innføre en utvisningsregel som særlig tok for seg narkotikaforbrytelser. I Danmark er det domstolene som beslutter utvisning på bakgrunn av kriminalitet, dette er gjort for å sikre utlendingers rettssikkerhet. Det er allikevel tatt hensyn til at enkelte beslutninger om utvisning må skje raskt. Derfor kan beslutningen treffes administrativt for utlendinger med kortidsopphold.<sup>86</sup>

---

<sup>85</sup> Udlændingeloven med kommentarer 1993, side 185-247 og 381-391

<sup>86</sup> Udlændingeret 2000 s.611-647

Det kan også være interessant å sammenligne den norske utlendingsretten med den svenske. I svensk rett er det konkret fastsatt at enkelte brudd på utlendingsretten skal medføre utvisning, som utlänningslagen kapittel 4 § 3 som fastslår at en utlending kan utvises dersom han oppholder seg i Sverige utover den tiden som han har tillatelse for. I tillegg åpner utlänningslagen kapittel 4 § 7 for at man kan utvises dersom man har gjort seg skyldig i noe straffbart.<sup>87</sup> Jeg vil anta at denne regelen i utgangspunktet er ment å ramme utlendinger som blir straffet for brudd på den svenske straffeloven og ikke på utlänningslagen, selv om også den svenske utlänningslagen inneholder en straffebestemmelse i kap. 10. Ett viktig poeng her er at de svenske bestemmelsene ikke inneholder noen generell straffebestemmelse tilsvarende utl. § 47, 1.ledd bokstav a. En annen siden ved den svenske utlendingsretten bør påpekes. I motsetning til i Norge er det den domstolen som behandler straffespørsmålet som også behandler utvisningsspørsmålet. På den måten vil det ikke oppstå en dobbeltbehandling.

Et problem som kan oppstå dersom man lister opp hvilke lovovertridelser som skal medføre straff og hvilke som skal medføre utvisning er at det vil føre til uoversiktlige regler, og det kan skje at straffebud som burde vært nevnt blir utelatt.

Ett spørsmål man kan stille seg er hvorvidt utlendingsmyndighetene påvirkes til å utvise for et forhold, fordi utlendingen er straffet for det samme forholdet. Undersøkelsen gjort av Juss-Buss i 2001 fant at utvisningene hovedsakelig fulgte standardene for utvisning, og at det ikke ble lagt noen selvstendig vekt på at utlendingen i tillegg ble straffet for lovbruddet.

Som det går frem av de lege ferenda vurderingen ovenfor, mener jeg det er flere grunner til å klarlegge reaksjonssystemet i en ny utlendingslov.

---

<sup>87</sup> Wikren, og Sandesjö 1999 s. 172-213

## 9 Litteraturliste

Andenæs, Johs. Statsforfatningen i Norge. 3.utg, Oslo 1962.

Auglend, Ragnar. Politirett. 2.utg Ragnar Auglend, Henry John Mæland og Knut Røsandhaug. Oslo, 2004. ISBN: 82-05-29892-0

Eckhoff, Torstein. Rettskildelære. 5. utg. ved Jan E. Helgesen. Oslo, 2001. ISBN: 82-518-3988-2

Fisknes, Eli. Utlendingsloven kommentarutgave. Oslo, 1994. ISBN-82-00-21482-6

Frihagen, Arvid. Forvaltningsloven Kommentarutgave. 2. utg. Oslo, 1986

Hansen, Irene Palm og Bolstad, Gunnhild. Utvisning 2001 En undersøkelse av utlendingsforvaltningens praksis i utvisningssaker. I: JUSS-BUSS, Stensilserie nr. 89.

Institutt for kriminologi og rettssosiologi. Universitetet i Oslo. 2003. ISSN 0803-6616

Hansen, Irene Palm og Bolstad, Gunnhild. Når tilhører en utlending vårt samfunn, og er en del av Norges samfunn på godt og vondt. I: Kritisk Juss. Årg. 31 (2005) nr. 1

Hov, Jo. Rettergang I. Oslo, 1999. ISBN 82-91060-08-8

Hov, Jo. Rettergang II. Oslo, 1999. ISBN 82-91060-09-6

Kriminologi. Redigert av Liv Finstad og Cecilie Høigård. 1.utg. Oslo, 1997. ISBN 82-530-1835-5

Langlouis, Herman. Udlændingeloven med kommentarer. 2. utg. Herman Langlouis og Claus W. Tornøe under medvirken af Torben Geneser. København, 1993. ISBN 87-574-4061-1

Mowbray, Alastair. Cases and Materials on the European Convention on Human Rights London, 2001. ISBN 0-406-90328-X

Møse, Erik. Menneskerettigheter. Oslo, 2002. ISBN: 82-02-19801-1

Rehof, Adam. Menneskeret. Adam Rehof og Tyge Trier. København, 1990. ISBN 87-574-5640-2

Ruud, Morten. Innføring i folkerett. 2.utg Morten Ruud og Geir Ulfstein. Oslo, 1998.

ISBN: 82-15-00208-0

Smith, Rhona K. M.. Textbook on International Human Rights. Oxford, 2003. ISBN 1-84-

174301-1

Uggerud, Ken *Domstolenes myndighet til å prøve vedtak om utvisning etter*

*utlendingsloven. Rt. 1995 s. 72 I: Kritisk juss. Årg. 23 (1996) nr.1, s. 76-99*

Utlendingsrett. Redigert av Runa Bunæs, Kristin Ottesen Kvigne og Bjørn Vandvik. 1.utg.

Oslo, 2004. ISBN: 82-15-00327-3

Udlændingeret. Lone B. Christensen...[et al.] København, 2000. ISBN 87-574-4503-6

Wikren, Gerhard. Utlänningslagen med kommentarer. 6. utg. Gerhard Wikren og Håkan

Sandesjø. 6.utg. Stocholm, 1999. ISBN: 91-39-10256-4

## **10 Kilder**

### **10.1 Forarbeider**

Rundskriv: Riksadvokatens rundskriv om etterforskning 22/12-1999

Rundskriv UDI 2003-025 Utvisning-Utlendingsloven § 29 og § 30–og grensen mot  
bortvisning–loven § 27, § 28 og § 30

NOU 1983:47 Fremmedlovsutvalgets utkast til ny utlendingslov s. 310

NOU 2004:20 Ny utlendingslov

Ot.prp.nr. 46 (1986-1987) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her  
(utlendingsloven)

### **10.2 Domsregister**

#### **10.2.1 Norsk rettspraksis**

Rt. 1994.610 Bølgepapp

Rt. 1994.423

Rt. 1995.72 Utvisningsdom 1

Rt. 1995.289

Rt.1995.1980

Rt. 1996.551

Rt 1998 s. 1795 Utvisningsdom 2

Rt. 1999.961 Rest-Jugoslavia

Rt. 2000.996

Rt 2002.509

Rt. 2002.557

### 10.2.2 Rettspraksis EMD

Unterpertinger v. Østerrike A 110 (1986)

Berrehab v. Nederland A 138 (1988)

Delta v. Frankrike(1990)

Moustaquim v. Belgia A 193 (1991)

Funke v France A.256 (1993)

John Murray v. UK 22 EHRR 29 (1996)

Saunders v.UK EHRR 319 (1996)

Lorelie Staines v UK

Esen v. Nederland 37312/97(Menneskerettskommissjonen)

### 10.3 Elektroniske dokumenter

Statistisk Sentralbyrå nettside: Innvandring og innvandrere 2005. [www.ssb.no/innvst/](http://www.ssb.no/innvst/)

20.09.05